

302909

UNIVERSIDAD FEMENINA DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO
INCORPORADA A LA UNAM

7

PROPUESTA DE REFORMA
LEGISLATIVA EN MATERIA
DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

EVA OJEDA ROMERO

MEXICO, D.F.

28/2/23

~~1998~~
2000



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A ti Dios, por tu inmensa sabiduría y amor al darme la vida y una familia maravillosa, que con su apoyo, confianza y cariño que siempre me dan, me motiva día con día a seguir adelante a no desfallecer en el camino.

Por permitirme conocer a través de los años a profesores, amigas y amigos que me han brindado su amistad, porque de todos y cada uno de ellos aprendo algo nuevo.

Por ese amor que me impulsa a seguir adelante.

Y porque a pesar de los tropiezos y errores que he tenido siempre estas aquí conmigo GRACIAS, GRACIAS SEÑOR.

INTRODUCCION.

CAPITULO I.INSEMINACION ARTIFICIAL.

1.1.- CONCEPTO.	4
1.2.- REFERENCIA HISTORICA DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL.	7
1.3.- FECUNDACION ARTIFICIAL IN-VITRO.	13
1.4.- CLASES DE ESTERILIDAD EN EL HOMBRE.	15
1.5.- TIPOS DE INSEMINACION ARTIFICIAL.	16
1.5.1.- Inseminación Homóloga.	16
1.5.2.- Inseminación Heteróloga.	18
1.5.3.- Inseminación Combinada.	18
1.5.4.- Inseminación Clónica.	19
1.6.- TECNICAS DE INSEMINACION ARTIFICIAL.	20

CAPITULO II.CONSECUENCIAS Y ASPECTOS LEGALES DE LOS DONADORES
DE SEMEN Y OVULOS.

2.1.- ANTECEDENTES.	23
2.2.- DONADORES DE SEMEN Y DONADORAS DE OVULOS.	26

2.2.1.- Donadores de Semen.	26
2.2.2.- Donadoras de Óvulos.	27
2.3.- DONACION DE EMBRIONES FECUNDADOS IN-VITRO.	29
2.3.1.- Regulación de la Situación Jurídica del Embrión.	31
2.4.- MATERNIDAD SUBROGADA.	32
2.4.1.- Concepto.	32
2.4.2.- Antecedentes.	36
2.4.3.- Regulación.	38
2.5.- BANCOS DE SEMEN.	40

CAPITULO III.

FILIACION Y PATERNIDAD.

3.1.- ANTECEDENTES.	44
3.1.1.- Prehistoria.	44
3.1.2.- Roma.	45
3.1.3.- España.	47
3.1.4.- Francia.	49
3.1.5.- México.	50
3.2.- CONCEPTO DE PATERNIDAD.	53
3.3.- CONCEPTO DE FILIACION.	54
3.4.- TIPOS DE FILIACION.	55
3.4.1.- Filiación Matrimonial.	56
3.4.2.- Filiación Extramatrimonial.	57
3.5.- PRUEBAS DE LA FILIACION.	58
3.5.1.- Pruebas de la Filiación Matrimonial.	58

3.5.2.- Pruebas de la Filiación Extramatrimonial.	59
3.5.2.1.- Reconocimiento del Hijo.	59
3.5.2.2.- Investigación de la Paternidad.	60
3.6.- LA LEGITIMACION.	63
3.7.- DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD.	65
3.8.- PATRIA POTESTAD.	67
3.8.1.- Concepto.	67
3.8.2.- Características de la Patria Potestad.	69
3.8.3.- Sujetos de la Patria Potestad.	71
3.8.4.- Consecuencias Jurídicas de la Patria Potestad.	72
3.8.4.1.- Derechos y Deberes de los Menores sujetos a la Patria Potestad.	72
3.8.4.2.- Derechos y Obligaciones de los que Ejercen la Patria Potestad.	72
3.8.5.- SUSPENSION, PERDIDA Y EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD.	75
3.8.5.1.- Suspensión de la Patria Potestad.	75
3.8.5.2.- Pérdida de la Patria Potestad.	76
3.8.5.3.- Extinción de la Patria Potestad.	77

CAPITULO IV.

PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA EN MATERIA DE INSEMINACION ARTIFICIAL.	78
CONCLUSIONES.	90
BIBLIOGRAFIA.	94

INTRODUCCION.

Si observamos nuestra ciencia, el derecho, ha estado siempre íntimamente ligado a todos los fenómenos sociales, políticos, religiosos, técnicos y científicos por los que ha pasado la humanidad; es por ello que decimos que el derecho no es una ciencia estática, por el contrario día con día debe cambiar su criterio para ir a la par con los avances científicos y técnicos, de otra manera sus fundamentos no estarían acordes con la realidad ni con las situaciones que acontecen en nuestro mundo. Es por esto que la presente investigación no solo se realizó con el propósito de cumplir con el requisito exigido para obtener el título de Licenciado en Derecho sino que además nos da la oportunidad de poder expresar nuestra opinión con respecto a aquellos temas que a últimas fechas han surgido como consecuencia del nuevo avance en el campo de la reproducción humana aunque ya tenía mucho tiempo en experimentación, hace aproximadamente veinte años que surgieron los primeros frutos de la inseminación artificial.

Es así que la nueva posibilidad que brinda la medicina a las parejas, ha traído una serie de ventajas, para las que tenían problemas para poder tener hijos propios, pero a pesar de todos los beneficios que trajo el auge de estas técnicas, también ha provocado polémicas entre algunos sectores sociales, pues rechazan que se realicen a través de estas, experimentos que puedan llegar a crear seres perfectos o con deformaciones para fines destructivos.

Sin embargo aún cuando nuestro objeto de estudio no es la genética, ni la medicina es importante que conozcamos como fue desarrollándose poco a poco el proceso de reproducción, con el fin de comprender como se ha llevado a cabo esto es necesario involucramos con el lenguaje técnico que se usa en esta materia, observando las causas y efectos de los experimentos realizados, para de esta forma obtener una mejor visión del tema.

Puesto que para que se realice la inseminación es necesario a veces recurrir a donadores de semen y óvulos, estos son considerados como una parte fundamental para ayudar a las parejas que presentan algún tipo de problema fisiológico para crear una nueva vida; sin embargo es aquí donde se pueden derivar varios problemas jurídicos, pues si no se regula la donación, podrían surgir muchas dificultades, como son el determinar si los donadores pueden ser obligados a proporcionar alimentos o pueden exigir en cualquier momento algún derecho sobre el hijo.

Además también durante el desarrollo de la presente investigación podemos darnos cuenta como son resueltos legalmente en otros países los problemas que han surgido con el avance de esta técnica y como se ven en la imperiosa necesidad de modificar sus legislaciones para evitar que surjan lagunas que dejen en completo estado de indefensión a los sujetos que llegan a intervenir en este tipo de proceso.

Analizaremos brevemente como surge la figura de la maternidad subrogada y las consecuencias tanto legales como psicológicas que ocasiona.

La creación de Bancos de Semen, óvulos y embriones, son un aspecto importante en el avance de esta ciencia y por ende creemos que es conveniente que la Secretaria de Salud emita reglamentos, para regular su funcionamiento con la finalidad de obtener mejores resultados y lograr que su utilización sea en beneficio de la colectividad y no caer en situaciones anormales que tarde o temprano lleguen a afectarnos. A través de los resultados obtenidos, se podrá proponer ciertos lineamientos para que en su momento se elabore un reglamento específico que controle y regule el funcionamiento de estos.

Por lo que respecta a nuestro país, es muy incipiente este nuevo avance, de hecho apenas se está consolidando la infraestructura necesaria para hacer realidad esta nueva posibilidad de concepción que beneficiará en mucho a infinidad de parejas que hasta hoy padecen los problemas que acarrea la imposibilidad de procrear hijos.

Pero así como traerá beneficio también surgirán controversias y problemas porque sucede que el Derecho llega siempre un poco tarde, respecto de las innovaciones de las cuales hemos hablado; en otras palabras generalmente se da primero el hecho, sus consecuencias y después se da la norma jurídica.

Uno de los objetivos principales del presente estudio es precisamente invertir las situaciones, basándonos en las experiencias que han tenido otros países y en base a ello proponer que se haga una reforma a algunos artículos del Código Civil vigente, relativos a la Paternidad y la filiación que son las figuras que pueden verse alteradas por este nuevo avance tecnológico.

CAPITULO I

INSEMINACION ARTIFICIAL.

1.1.- CONCEPTO.

Para lograr una mejor comprensión del tema a estudiar a lo largo de la presente tesis, pensamos que es indispensable dar a conocer algunos conceptos, antecedentes históricos que existen sobre la inseminación artificial, así como los diversos tipos de inseminación artificial y sus procedimientos, para tener más familiaridad con el tema que es objeto del presente trabajo.

A continuación enunciaremos las siguientes definiciones de la inseminación artificial, empezando desde su raíz, etimológica y médica.

La palabra inseminación “Proviene del Latín *IN-SEMEN*; *IN* que significa en y *SEMEN* que significa semilla, es decir en semilla” (1).

Y de la palabra griega *IN SEMINALIS*, *IN* que significa dentro y *SEMINALIS* perteneciente o relativo al semen y a la vez, esta es una sustancia que para la generación secretan los animales del sexo masculino” (2).

La inseminación artificial “Es aquella que se realiza mediante artificio, sin cópula sexual”. (3).

(1) PALOMAR, Miguel Juan De. *Diccionario para Jurista*. Editorial Mayo. México. 1981
Pág. 725.

(2) Dorian, *Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina*. Editorial Interamericana Mc.
Graw Hill. España. 1992. Pág. 401.

(3) *Enciclopedia. Universo. Diccionario en Lengua Española*. Fernández Editores S.A.de
C.V. México. 1985. Pág. 578.

Inseminación artificial, "Unión de dos células germinativas que tiene lugar no mediante copulación directa de dos individuos, sino por la introducción artificial del semen en el aparato de reproducción de la hembra". (4).

"La inseminación artificial es una técnica de reproducción, mediante la cual, se utilizan aparatos o instrumentos adecuados para situar las células germinales masculinas (espermatozoides), en condiciones de poder realizar la unión fecundante con las femeninas (óvulos), estando por tanto, ausente la acción directa del macho en el proceso reproductivo". (5).

"Inseminación artificial, introducción de espermatozoides en el aparato genital femenino con miras a la fecundación y fuera de la cópula natural". (6).

"Inseminación artificial, es el propósito del eyaculado del hombre en el aparato genital de la mujer, sin efectuar un contacto sexual". (7).

Para el tratadista Francés Raymond " La inseminación artificial consiste en la introducción del espermatozoide en el interior de los órganos genitales femeninos, mediante un procedimiento distinto al contacto sexual normal". (8).

(4) *Diccionario Enciclopédico Espasa. Editorial Espasa. Madrid, España. 1985. Pág. 889.*

(5) *Gran Enciclopedia Rialp. Tomo XII. Salvat Editores. España. 1968. Pág. 785.*

(6) *Diccionario Enciclopédico Quillet. Tomo V. Editorial Argentina., Aristides Quillet. Buenos Aires, Argentina. 1996. Pág. 188.*

(7) *PÉREZ Peña, Efraín. Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción. Editorial Salvat Mexicana. México. 1981. Pág. 418.*

(8) *RAMBAUD, Raymond. El Drama Humano de La Inseminación Artificial. Traducción de Baldomero Gordón Bonet. Editorial impresiones Modernas. México. 1953. Pág. 21.*

Gutiérrez y González nos dice: “ Que la inseminación artificial como género, la define como el encuentro del espermatozoide y el óvulo, en el genital adecuado de la hembra (útero), por la introducción del esperma del macho con el empleo de medios mecánicos, esto es, sin necesidad de contacto sexual”. (9).

También a la inseminación artificial se le conoce con el nombre de fecundación artificial, que es “ El conjunto de procedimientos mediante los cuáles se tiende a conseguir las condiciones adecuadas para el encuentro y la sucesiva fusión de las dos células procreadores, el óvulo y el espermatozoide”: (10).

Teniendo en cuenta que la verdadera fecundación es sólo el proceso biológico de la unión del espermatozoide con el óvulo, se comprende que resulte impropia la expresión de fecundación artificial. Sin embargo algunos investigadores emplean, como el más adecuado, el término de inseminación artificial.

De los conceptos anteriores podemos decir, que la inseminación artificial es el medio de que disponen los científicos para poner en contacto el esperma del hombre con el óvulo de la mujer y así poder llevar acabo la fecundación para la perpetuación de la especie humana.

(9) GUTIERREZ y González, Ernesto. *El Patrimonio*. 2ª Edición. Editorial Cajica. Puebla, México. 1980. Pág. 3.

(10) *Hombre, Ciencia y Tecnología*. Tomo IV. Ediciones Dance. Publicada Especialmente para Enciclopedia Británica de México. S.A. de C.V. México. 1982. Pág. 1249.

1.2.- REFERENCIA HISTORICA DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL.

Es importante mencionar que la inseminación artificial humana ha sido un sueño acariciado desde tiempos pasados por los cirujanos de todas las épocas, ya que una de las funciones del hombre es la de reproducirse y esto en algunos de los casos no es posible, debido a problemas genéticos o factores externos que causan la esterilidad.

Como es de imaginarse los primeros experimentos de inseminación artificial se realizaron con animales; al respecto cabe decir, que por razones del estudio a realizar, solamente haremos un resumen acerca de la inseminación artificial en animales, y como es obvio, le daremos mayor importancia a la inseminación artificial practicada en seres humanos pues es aquí donde surgen múltiples problemas en los aspectos éticos, religiosos y sobre todo jurídico, que muy especialmente repercute en la determinación de la filiación, la paternidad y las consecuencias que de éstas derivan.

Así tenemos que “En el año de 1322 de nuestra era un árabe hizo uso de métodos artificiales, para inseminar una yegua, el cuál consistió en introducir una varita de madera en los genitales de la yegua, y la dejó allí por un día, él sabía que la tribu que se encontraba alrededor tenía un excelente caballo. Esa noche se metió en el campamento y puso la varita bajo la nariz del caballo, entonces el animal se excitó y en consecuencia eyaculó en una pieza de algodón que sostenía el dueño de la yegua. Apuradamente se fue a su casa e introdujo el algodón en la vagina de la yegua, quedando preñada. (11)

(11) PALMER, Roul. *Aspectos. Médicos de la Fecundación Artificial. Ediciones Studium de Cultura. Argentina. 1950. Pág. 16.*

Por su parte el español Iglesias, cita el mismo ejemplo de inseminación artificial que se realizó en la yegua. Pero, aclara “Que no existen pruebas concretas que nos indiquen que las antiguas tribus árabes hayan practicado en forma exitosa la inseminación artificial en animales”. (12).

El tratadista Santiago “Afirma que las primeras investigaciones que sobre la inseminación artificial se tiene noticia, fueron hechas por el sacerdote Marcelo Malpighi, el cual logró fecundar artificialmente gusanos de seda, esto sucedió durante el siglo XVII”. (13).

A este sacerdote le siguió Weltheim, que en 1725, realizaba parecidos experimentos, también sobre animales, aunque algunos tratadistas consideran descubridor de la fecundación artificial al también sacerdote italiano, Lázaro Spallanzani, que era profesor de la Universidad de Pavía y que en el año de 1779, inseminó por primera vez en el mundo a una perra. Él estaba completamente consciente de que el método podía ser utilizado en humanos, pero limitó sus experimentos a los animales debido a inhibiciones religiosas.

Lo anteriormente escrito nos indica que los primeros experimentos de inseminación artificial se realizaron en animales, teniendo como finalidad principal mejorar la especie.

Ahora bien, por lo que se refiere a la inseminación artificial en el género humano, encontramos como antecedentes históricos los siguientes:

(12) IGLESIAS, M. *Aborto., Eutanasia y Fecundación Artificial.* Editorial Ediciones y Publicaciones. Barcelona, España. 1984. Pág. 210.

(13) NAVARRO, Santiago. *Problemas Médico Morales.* Editorial Coculsa. España. 1954. Pág. 249.

El primer antecedente que encontramos en nuestra presente investigación, sucedió en el año de 1462, el Rey Enrique IV de Castilla quien era apodado "El impotente", hizo que se practicara la inseminación artificial en la persona de su esposa Doña Juana de Beltraneja. No existiendo pruebas definitivas con respecto a esta inseminación artificial.

Marañón en un "Ensayo Biológico sobre Enrique IV de Castilla y su tiempo. Tratando de la impotencia del rey y de la legitimidad de la Beltraneja, hija de su matrimonio con Doña Juana de Portugal, no duda en afirmar que fue concebida por este procedimiento y así escribe: que la indudable importancia del monarca no excluye la posibilidad de una fecundación incidental, tal vez ayudada por los recursos heroicos de la terapéutica de aquellos tiempos, entre los que sería inverosímil que se empleasen los métodos de la fecundación artificial, ya entonces al uso a los que se refiere el viajero Munzer". (14).

Referencia similar es la que copia de Paz y Melia "en un manuscrito de la biblioteca nacional de España, en la que se dice expresamente que Doña Juana fué fecundada antes de tener relaciones sexuales". (15).

Se tiene así pues que según estos autores, la fecundación artificial se usaba en España unos 300 años antes que Spallanzani hiciera su aplicación en los animales.

La aplicación, perfectamente conocida en el género humano, es sin embargo más tardía. Fue necesario esperar hasta el año de 1799 para que el ilustre cirujano escocés John Hunter, quien solo poseía unos fragmentos de medicina. Se había negado a aprender latín y habiendo fracasado cuando joven en varias ocupaciones, desde Escocia que era su hogar, lo mandaron sus padres a Londres a que ayudara a su hermano Guillermo, quien era cirujano y profesor eminente, el cual tenía en su casa una sala de disección, lugar que halló perfecto para realizar algunos experimentos.

(14) NAVARRO, Santiago. Ob. Cit. Pág. 249-250.

(15) HAGGARD Howard, W. *El Médico en la Historia*. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, Argentina. 1943. Pág. 360.

John Hunter fue consultado por un hombre que era incapaz de eyacular semen dentro de la vagina de su esposa, por lo que extrajo el semen del hombre y una vez que hubo inyectado el esperma del marido dentro de la parte posterior de la vagina de su esposa con la jeringa la mujer concibió.

En el año de 1838, el doctor Francés Girault, popularizo la inseminación artificial, ya que a través de inyectar el esperma en la cavidad vaginal de la mujer, lograba que varias mujeres quedaran embarazadas.

Posteriormente el norteamericano Marion Sims, en el año de 1866, consiguió un embarazo con inseminación artificial, inyectando el esperma directamente en el útero de una mujer, la cual concibió después de la décima inseminación. Sin embargo está abortó al cuarto mes. Quedando demostrado así la inseminación artificial en seres humanos, como un experimento plenamente científico.

A partir del siglo XX se comenzó a propagar de una manera intensa a través del mundo y de manera muy particular en los países anglosajones, la práctica de la inseminación artificial humana, buscando solucionar el problema de los matrimonios estériles.

Fue tal el auge de dicho descubrimiento que los norteamericanos Seymour y Koerner realizaron una encuesta a médicos y descubrieron que se lograron un buen número de embarazos utilizando medios artificiales.

Ante tal éxito, se pensaba en mejorar las técnicas de inseminación artificial y ya para el año de 1950, "En Francia se produjeron unos 1,000 embarazos anuales a través de los métodos de inseminación artificial; 6,000 en Inglaterra y 20,000 en los Estados Unidos de Norteamérica, donde las estadísticas dan un total de más de 80,000 niños nacidos por esta técnica en los últimos años". (16).

(16) NAVARRO, Santiago. Ob. Cit. Pág. 251.

“En octubre de 1977, la señora Brown fue sometida a un tratamiento hormonal con el objeto de asegurar un buen crecimiento de óvulos.

El día 10 de noviembre el doctor Steptoe, mediante un laparoscopio (instrumento óptico introducido en la cavidad abdominal), extrajo un óvulo maduro de un ovario de la señora Brown. El colaborador de Steptoe, doctor Robert Edwards, recogió el óvulo en un recipiente con líquido nutricional especial y le añadió semen fresco, convenientemente preparado, del señor Brown.

Bajo el microscopio observó como se producía la penetración de un espermatozoide en el óvulo, Edwards comprobó como el óvulo fertilizado comenzó a dividirse, y cuando el incipiente embrión humano, al cabo de 50 horas, se dividió en 8 células, se lo entregó al doctor, quien con admirable habilidad introdujo el invisible rudimentario ser humano en el seno del útero a través de la vagina. Al cabo de algunas semanas se pudo comprobar que el delicado embrión se estaba desarrollando con toda normalidad, como un embarazo regular. Su curso fue estrechamente vigilado con toda clase de exámenes y ocho semanas antes del previsto parto, la señora Brown fue para un más estricto control, ingresada en el hospital bajo el supuesto nombre de Rita Ferguson”. (17).

A pesar de que todas las exploraciones practicadas, el examen de células, del líquido amniótico, ecografía y otros, no permitían descubrir la existencia de anomalía alguna, es decir, no podía existir una certeza absoluta de que el nuevo ser sería completamente normal, libre de cualquier malformación. El nacimiento de Louise, completamente sana ha encendido la esperanza de una maternidad a miles de mujeres estériles por causa de una obstrucción tubárica.

(17) 1978 *Tiempo de Cónclaves. Difusora Internacional Mexicana. México. 1980. Pág. 188.*

Al inicio de la primavera de 1980, tres mujeres estaban a punto de dar a luz, después de ser inseminadas artificialmente con espermatozoides obtenidos en el banco de semen de Robert Graham. Este multimillonario Norteamericano de 73 años, invirtió parte de su fortuna en un proyecto, construyó una bodega la cuál guardaba el semen donado por cinco científicos, ganadores del premio Nobel. Con el objeto: de ofrecer el semen a mujeres con un elevado coeficiente intelectual, a fin de que nazcan niños genios a partir de padres inteligentes.

La idea había nacido 20 años antes cuando el físico Ralfh Lapp, siguiendo las teorías del genetista Hermann Muller, propuso la creación de un banco para la conservación del semen de individuos genéticamente sanos, que debería ser utilizado en el caso de que una guerra nuclear cambiará la estructura genética de la raza humana. Además argumentaba, que podría mejorar la raza humana a largo plazo, puesto que la probabilidad de nacimiento de niños inteligentes aumentaba cuando los padres poseían también una inteligencia muy desarrollada.

Robert decidió poner en práctica estas ideas genéticas y se puso en contacto con treinta científicos premiados con el Nobel, con el objeto de que donaran su semen para el experimento. Solo cinco respondieron positivamente.

En la actualidad se desconoce si esto realmente fue posible. Creemos que dicho experimento fue absurdo, ya que no está científicamente comprobado que si el padre o la madre, o ambos poseen una inteligencia mayor a la de cualquiera de nosotros, sus hijos van a tener también su nivel. La ciencia aún no puede determinar si el bebé es super inteligente, además está la tenemos todos, nacemos con ella pero a través de nuestro desarrollo y crecimiento van aumentando nuestros conocimientos, por lo cual estamos seguros, que es totalmente falso que si los padres poseen una inteligencia "superior"; los hijos también la van a tener.

Además si esto pudiese suceder estaríamos como seres humanos rechazado nuestra propia naturaleza, creando seres "perfectos", sin errores ni defectos.

Es necesario aclarar que la inseminación artificial tiene como objeto principal y único dar la oportunidad de ser padres, a las parejas que no pueden tener hijos por algún problema de esterilidad.

1.3.- FECUNDACION ARTIFICIAL IN-VITRO.

Vamos a desarrollar este tema lo más breve posible, tratando de cubrir de una manera general y simple, el complejo procedimiento por el cual se desarrollan "los bebés de probeta" que como más adelante observaremos es un término mal empleado.

Tomando en cuenta que nuestro objetivo es referente al ámbito jurídico, la información científica que aquí analizaremos será únicamente orientadora, por lo que los aspectos tratados no tendrán la profundidad científica que requiere un tema de esta naturaleza.

Por principio nos vemos en la necesidad de analizar brevemente las etapas básicas que cubrió el procedimiento mediante el cual se logró el nacimiento del primer "bebé de probeta", y que fueron las siguientes:

- a) Obtención del óvulo maduro.
- b) Fertilización in-vitro y el cultivo del cigoto.
- c) Implantación del embrión en la cavidad uterina.

a) OBTENCION DEL OVULO MADURO: Para la obtención del óvulo maduro en los primeros experimentos se dejaba a la mujer ovular de manera espontánea, donde se intentaba capturar el óvulo, en ocasiones no se le encontraba y cuando se le extraía directamente del folículo (el cual esta formado de varias ampollas que se encuentran en la superficie de los óvulos ayudándolos a madurar y

una vez logrado su objetivo, son eliminados); el óvulo estaba inmaduro, por lo que la fertilización subsecuente fracasaba. Es indispensable que el óvulo se encuentre maduro para que tenga éxito la inseminación.

Una vez obtenido el óvulo maduro se traslada al laboratorio, para realizar el cultivo, es indispensable obtener un grupo de por lo menos cuatro óvulos.

El esposo quien a estado en abstinencia sexual se dirige a una habitación, para obtener mediante la masturbación la muestra de semen.

Con lo anterior queda cubierta la primera etapa del procedimiento de fertilización in-vitro.

b) FERTILIZACION IN-VITRO Y EL CULTIVO DEL CIGOTO: En un principio se partía de la creencia de que el óvulo era capaz de complementar su maduración in-vitro, independientemente del medio en el que se había cultivado.

Este error se rectificó al crearse la circunstancia y medios adecuados, los cuales consisten en la incubación la cual se debe realizar en condiciones estrictas y permanentes: medio de cultivo, atmósfera gaseosa, luz, temperatura y aire corriente adecuados que permitan su desarrollo.

Bajo tales circunstancias los ovacitos son observados en el microscopio; cuando está en vías de maduración final el óvulo, se solicita la muestra de espermatozoides que han sido mantenidos en la incubadora.

Una vez teniendo el óvulo maduro se añade el semen, a partir de este instante se mantiene en constante observación. El momento de la fertilización múltiple se realiza aproximadamente en un período de doce a veinticuatro horas, hasta lograr una subdivisión de ocho células.

c) IMPLANTACION DEL EMBRION EN LA CAVIDAD UTERINA: El cultivo de embriones generalmente se cubre en un período de cuarenta y ocho horas; por ello, se hace que la paciente regrese al quirófano para que le sean trasplantados varios embriones mediante un tubo corto especial.

Después de la implantación la mujer permanece acostada de cuatro a seis horas y luego es enviada a su domicilio con una orden de progesterona para ser aplicada diariamente, durante los catorce días siguientes. Durante este tiempo, queda bajo vigilancia diaria, o bien la paciente es revisada cada tercer día, para conocer y detectar con oportunidad la posibilidad de embarazo.

Dicho procedimiento únicamente es utilizado por mujeres estériles a causa de una obstrucción tubárica irreparable. Está es la técnica de aplicación artificial del esperma en el género humano.

1.4.- CLASES DE ESTERILIDAD EN EL HOMBRE.

Hasta épocas recientes se había pensado que la esterilidad de los matrimonios obedecía siempre o casi siempre a la incapacidad femenina para ser fecundada, y así la mujer era la que soportaba el desprecio, la ridiculización y el repudio de la sociedad, tanto en la antigüedad, como en la actualidad.

Pero debido al desarrollo de la biología y la medicina, han venido a borrar en buena parte esta afirmación, pues el hombre también puede presentar algún tipo de esterilidad.

Esa imposibilidad en el varón para fecundar a su pareja puede obedecer a diversas causas entre las cuales se encuentran las siguientes:

1.- Azoospermia: Ausencia de todo elemento macho en el esperma viril, es decir, que no existen espermias en el semen del hombre.

2.- Oligospermia: Poca cantidad de espermatozoides, necesaria para que un espermatozoide logre fecundar.

3.- Astenospermia: Insuficiente movilidad y fuerza de un porcentaje elevado de espermatozoides.

4.- Hiperespermia: Existe una cantidad de espermatozoides superior a la normal.

5.- Necrospermia: Ausencia total de todo elemento macho vivo en el semen.

1.5.- TIPOS DE INSEMINACION ARTIFICIAL.

Tomando en cuenta el estado civil de la mujer, se han clasificado las formas de inseminación artificial en dos grandes clases:

1.5.1.- Inseminación Artificial Homóloga.

1.5.2.- Inseminación Artificial Heteróloga.

Hemos de mencionar que un reducido grupo de tratadistas habla de una tercera y cuarta forma de inseminación artificial que son:

1.5.3.- Inseminación Artificial Combinada.

1.5.4.- Inseminación Artificial Clónica.

A continuación procederemos a explicar cada uno de los tipos de inseminación artificial.

1.5.1.- INSEMINACION HOMOLOGA.

Denominada también autoinseminación.

Es aquella que se realiza con el semen del marido y se lleva a cabo cuando existe algún tipo de deformación del órgano sexual masculino o bien de la vagina, en el caso de la mujer, siendo difícil la fecundación.

El espermatozoides del marido es extraído y depositado en la vagina de su esposa, esto se lleva a cabo de la siguiente manera:

Se utiliza un capuchón que tiene en el borde un orificio para la introducción de un catéter, por donde se pone el semen con una jeringa, se coloca el capuchón dentro de la cavidad vaginal, presionándolo perfectamente contra el cérvix, (parte posterior del cuello de la vagina).

Esta técnica permite que el semen permanezca más tiempo en cuello uterino, debiendo permanecer con el capuchón durante 24 horas.

Se ha llevado a la práctica, que el hijo concebido por este método, se considera como un producto de matrimonio bajo el mismo título de uno nacido por relación sexual.

Podemos decir, que es una de las prácticas de inseminación artificial que se lleva a cabo dentro del matrimonio, inseminando directamente a la esposa con el semen de su esposo, por lo que la característica principal es que únicamente será aplicable en las mujeres casadas, siempre y cuando el esposo sea un hombre fértil.

De esta clasificación Carmen García Mendieta nos dice: “la inseminación homóloga, que es la que se efectúa con el espermatozoides del marido, no representa ningún problema jurídico, es decir que puede determinarse perfectamente la filiación como si hubiera nacido por vía natural”. (18)

(18) *Fertilización Extracorporea, Aspectos Legales. Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango. Número 2021. octubre 1985. Pag. 50.*

El doctor Vanrell Díaz señala...”sobre la inseminación artificial mixta lo siguiente:

- a) El padre legal siempre dudará de su paternidad.
 - b) Los anticuerpos combinados pueden ser perjudiciales.
 - c) Si lo solicita la pareja, significa que no están preparados psicológicamente.
 - d) El éxito del embarazo disminuye a un treinta y nueve por ciento”
- (19)

De lo anterior podemos desprender que la inseminación artificial mixta se presenta cuando el espermatozoides del esposo es mezclado con el de uno o varios donadores. Aunque la mayoría de los científicos están en contra de la utilización del método, no la descartan y en cierto momento pueden utilizar esta práctica.

1.5.4.- INSEMINACION CLONICA.

La reproducción clónica se origina en un principio, en el reino animal y en la botánica, actualmente se está experimentando con seres humanos.

La clonación “es un proceso, mediante el cual se obtiene un conjunto de fragmentos regenerados de un mismo individuo” (20)

(19) VANRELL Díaz, J.A. *Inseminación Artificial con Semen del Dador. Tomo V. Editorial Salvat. España. 1988. Pág. 67.*

(20) *Idem, Pág. 68.*

“las desventajas que existen dentro de este procedimiento son:

1.- los individuos clonificados, serán idénticos, lo cual imposibilitaría distinguirlos de su prototipo.

2.- Como todos, no es conveniente porque nadie tiene derecho de condicionar a otro semejante desde su nacimiento.

3.- Podría ser negativo, pues llegaría el caso de crear, un ser programado para luchar y conquistar a los más débiles.

4.- Privar del derecho de tener un genotipo similar, es probable que sea dañado por haber sido creado como copia de otro ser humano, al margen de quien sea ese ser”. (21)

Es decir, a través de la reproducción clónica se van a crear seres idénticos a los del donador, sin que exista relación sexual. Consideramos que al crear seres así, no estaríamos creando seres humanos con características naturales distintas que nos distinguan unos de otros, sino que crearíamos seres que nos sirvan para tal o cual caso y únicamente subsistirán los seres perfectos.

En la actualidad desconocemos si este tiempo de inseminación, se ha llevado a cabo en seres humanos.

1.6.- TECNICAS DE INSEMINACION ARTIFICIAL.

Las técnicas utilizadas para la inseminación artificial, han sido utilizadas ya sea en la inseminación homóloga o la heteróloga. Al respecto cabe mencionar que las técnicas más utilizadas por los médicos, son entre otras las siguientes:

- A) Vaginal.
- B) Cervical (con jeringa y con capuchón)
- C) Intercervical.
- D) Intrauterina.

(21) VANRELL Díaz, J.A. Ob. Cit. Pág. 70.

A) TECNICA VAGINAL: Se deposita el semen en el fondo del saco posterior a la vagina, generalmente es por medio de una jeringa que se inyecta el semen.

B) TECNICA CERVICAL: Se práctica con jeringa, por medio de esta se rocía el semen en el orificio externo del cuello de la matriz. La que se práctica usando un capuchón de plástico, el cual tiene un orificio en donde se introduce un catéter, por donde se pone el semen con una jeringa.

C) TECNICA INTERCERVICAL: Se deposita mediante una jeringa y una aguja, una pequeña cantidad de semen en el interior del canal cervical y el resto se deposita en el orificio cervical externo y en la bóveda vaginal.

D) TECNICA INTRAUTERINA: En este último caso el porcentaje de utilización es muy bajo, solamente se aplica en Japón. En donde es usado un líquido espeso, el cual es depositado en el interior del útero, posteriormente se inyecta el semen que contiene los espermatozoides; Esta técnica no logra tener muchos resultados, debido a que el líquido resulta impenetrable a los espermatozoides, y puede crear problemas como hemorragias, contracciones uterinas que expulsan el semen o existe el riesgo de que se introduzcan bacterias infecciosas que pueden ocasionar un peligro.

Por lo que esta técnica no se recomienda.

En nuestra opinión dichas técnicas solo deben ser practicadas en parejas o personas que estén muy conscientes y decididas, además de que deben ser realizadas por médicos, con amplia experiencia.

CAPITULO II

CONSECUENCIAS Y ASPECTOS LEGALES DE LOS DONADORES DE SEMEN Y OVULOS.

Nuestra ciencia, el derecho ha estado siempre íntimamente ligado a todos los fenómenos sociales, políticos, científicos, técnicos y religiosos por los que a pasado la humanidad, es por ello que decimos que el derecho no es una ciencia estática, porque día con día debe cambiar sus normas para que este a la par con los avances de la ciencia, la técnica y acorde con la realidad y las situaciones que acontecen en nuestro mundo.

A últimas fechas el progreso que se ha suscitado dentro del campo de la inseminación artificial en el género humano ha planteado problemas en nuestro derecho. Las controversias y los problemas surgieron tan pronto como esta nueva modalidad cobró auge. Inmediatamente aparecieron problemas tales como: los derechos que sobre el nuevo ser tendrían en un momento determinado los donadores, sean de semen o de óvulos; ¿las mujeres que prestan o rentan su cuerpo para concebir en él a estos bebés, que derechos o que obligaciones podrán tener sobre el bebé?; ¿si el niño nace deforme o con incapacidades, podrán los padres demandar a los donadores?; ¿la paternidad del bebé a quien le será imputable?.

En fin, estos son algunos de los muchos cuestionamientos y problemáticas que se están dando en el campo del derecho.

2.1.- ANTECEDENTES.

Empezaremos diciendo que en el año de 1954, en el estado de Nueva York, una mujer de apellido Strnad, que estaba separada legalmente de su marido, a la cual la corte le había confiado el cuidado de su hijo quería limitar el derecho a la visita del padre legal. Después que la mujer solicitó un examen de sangre alegó que su marido no tenía derecho alguno sobre la niña, pues no había intervenido para nada en su fecundación, ya que la inseminación artificial de que era fruto se hizo a través de un donador anónimo y no a través del semen de su ex esposo.

La corte dictó su fallo, señalando que el hecho de que la niña fuera resultado de una inseminación artificial o de una concepción natural era indiferente en lo que concierne a los derechos del padre legal, pues este se había interesado por ella y había participado en su sostén, por lo que la niña debía tenerse como legítima y tratada como si hubiere sido concebida por los dos.

En el mismo año, en la ciudad de Chicago la Corte decidió que la inseminación artificial heteróloga constituía adulterio. Por lo tanto se consideró como una causal de divorcio.

Un inglés que por cuestiones de trabajo tubo que trasladarse a Canadá, al regresar varios meses después con su esposa, se encontró que está había dado a luz a un hijo sin haber tenido contacto sexual con su cónyuge, ni tampoco con otro varón, está alegó que había sido inseminada artificialmente en un hospital de Inglaterra, el Tribunal Supremo condenó por adulterio a la mujer y declaró la ilegitimidad del niño.

Otro problema que encontramos en Inglaterra, es el de la señora Russell, la cual procedió a inseminarse sin el consentimiento de su esposo, quien al enterarse del origen del niño, presentó una denuncia por adulterio y una demanda de divorcio. El magistrado resolvió que la fecundación por medio de la inseminación artificial con se

men de donador, se debía considerar legalmente como adulterio y como consecuencia procedía la demanda de divorcio.

En Francia, cuando una mujer se hace inseminar sin el consentimiento por escrito de su esposo, se hace acreedora según la Ley Penal a un castigo y sirve como argumento para solicitar el divorcio. Pero no es considerado como adulterio. Así mismo, el producto de la inseminación puede ser desconocido por el padre que no otorgó su consentimiento. A este respecto, pensamos que es conveniente mencionar lo que dispuso el anteproyecto del Código Civil Francés en su artículo 490 el cual dice:

“El marido puede desconocer al hijo concebido durante el matrimonio, si prueba que durante la época de la concepción él se encontraba, sea por causa de ausencia, sea por causa médicamente establecida de manera cierta, en la imposibilidad física de procrear.

Sin embargo, el desconocimiento no es admisible si se acredita por todos los medios de prueba, que el hijo fue concebido como consecuencia de la inseminación artificial, sea por obra del marido, sea por obra de un tercero con consentimiento del marido otorgado por escrito”. (22)

En el año de 1984, surgió el caso de Corinne Parlair, quien era una joven viuda, demandó a un Banco de Esperma la devolución del esperma congelado de su difunto esposo, pues quería tener un bebé mediante la inseminación artificial. Después de muchos debates que se suscitaron en la Corte de Francia, la señora Corinne ganó el caso, y este le regresó el esperma congelado de su marido. Se inseminó varias veces, pero desgraciadamente el esperma estaba en mal estado y no pudo quedar embarazada.

(22) RAMBAUD, Raymond. *Ob. Cit. Pág. 78.*

En contraste con los países antes referidos Suecia cuenta con una ley que regula la práctica de la inseminación artificial en seres humanos.

Así que en el mes de noviembre de 1984, se crea la primera Ley llamada Ley General sobre la Reproducción Artificial, en ella se establece que se debe llevar registros detallados sobre la verdadera identidad genética del niño. Dan autoridad al Ministro de Salud para decidir sobre el destino de los embriones donados. Prohibiendo la clonación, la reproducción entre especies diferentes y la maternidad sustituta. También contiene una guía legal para la práctica de fertilización in-vitro y el uso del esperma y óvulos donados, así como los embriones.

Dicha ley dio la pauta para que varios países, en donde su avance científico es muy importante, fuera creando nuevas leyes o reglamentos para regular su uso.

Los antecedentes antes mencionados nos ayudan a ilustrar algunas de las problemáticas a las que nos enfrentaremos con el avance de esta técnica en nuestro país.

Además existe un gran riesgo que debe tomarse muy en cuenta ya que podría ser peligroso para la sociedad, si su manejo fuese empleado en forma negativa. Por lo que es la intención del presente estudio, prever estas consecuencias y anticiparse jurídicamente tomando como base las experiencias que han surgido en los países a los que hemos hecho mención.

Para empezar debemos entender que en la gran mayoría de los países donde se lleva a cabo la inseminación artificial, encontramos donadores tanto de semen como de óvulos, pero también es cierto que en algunos de estos países aún no se cuenta con un reglamento que regule dichas donaciones y en muchos de los casos se puede comerciar con el semen y los óvulos.

2.2.- DONADORES DE SEMEN Y DONADORAS DE OVULOS.

Cuando el esposo es fértil y la esposa es apta para concebir, pero por alguna causa no ha podido quedar embarazada, se puede realizar la inseminación artificial homóloga, sin embargo no siempre el marido tiene esperma fértil, ni la mujer tiene óvulos igualmente fértiles, o bien, no es apta para concebir, es cuando se debe recurrir a los donadores para que esta tenga éxito. Existen dos clases de donadores que son:

- 1) Donadores de semen (hombres)
- 2) Donadoras de óvulos (mujeres)

2.2.1.- DONADORES DE SEMEN.

Estos son el caso más típico de donadores que se han utilizado para poder lograr grandes avances en el campo de la inseminación artificial, ya que como mencionamos anteriormente, el hombre se encuentra imposibilitado para poder fecundar a su pareja por lo que es necesario que exista un donador de semen.

Para que la inseminación artificial tenga éxito, el donante deberá reunir los siguientes requisitos:

- a) Ser mayor de edad y menor de 30 años.
 - b) Que sea voluntario anónimo, consciente del destino del semen y que no tiene ningún derecho, ni obligación con respecto al hijo concebido con el mismo.
 - c) Si es casado, debe presentar por escrito el consentimiento de su esposa.
 - d) El donante deberá estar libre de enfermedades venéreas.
 - e) Sus antecedentes familiares deberán estar libres de genes defectuosos.
 - f) Deberá ser de la misma raza y religión que la de los padres prospectos.
 - g) Que sus características sean lo más parecidas posibles a las del marido.
 - h) Deberá contar con el alto grado de fertilidad.
 - i) Si la madre prospecto tiene sangre tipo RH negativo, el donante deberá ser RH negativo.
-

Es importante e imprescindible para efectos legales y sociales que exista una completa anonimidad entre el donante y los padres prospectos.

Anteriormente estos llevaban al donante, el cual muchas veces era pariente de alguno de los dos. Esto lo hacían con la finalidad de que el niño tuviera los rasgos físicos más parecidos al papá o a la familia.

Actualmente los donantes son con mayor frecuencia seleccionados en base a estudios médicos internos y psicológicos. En un principio el espermatozoide debía ser producido una o dos horas antes de la inseminación, actualmente el semen puede ser almacenado durante meses e incluso años en los Bancos de semen, de los cuales hablaremos más adelante.

2.2.2.- DONADORAS DE OVULOS.

Son escasas ya que la mujer puede ser infértil debido a las siguientes causas:

- 1.- Falta de desarrollo de sus órganos genitales.
- 2.- Malformaciones externas de sus órganos.
- 3.- Vejez o infancia de los órganos reproductores.
- 4.- Por obesidad

Para poder remediar estas cuestiones surgen las donadoras de óvulos, las cuales para poder donar necesitan cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Ser mayor de edad y menor de 30 años.
 - b) Que sea voluntario anónimo, consciente del destino que tendrán sus óvulos y que no tendrá ningún derecho, ni obligación con respecto al hijo concebido con el mismo.
 - c) Si esta casada deberá presentar el consentimiento de su marido por escrito.
 - d) La donante deberá estar libre de enfermedades venéreas.
-

- e) Sus antecedentes familiares deberán estar libres de genes defectuosos.
- f) Ser de la misma raza y religión que la de los padres prospecto.
- g) Que las características físicas sean lo más parecidas a los padres prospectos.
- h) Que tenga el mismo tipo de sangre que la madre prospecto.
- i) Los óvulos deberán de contar con un alto grado de fertilidad.
- j) Que los óvulos se encuentren maduros al momento en que se realiza su extracción de los órganos reproductores.
- k) Que exista un completo anonimato entre la donante y los padres prospectos.

Así mismo la donante debe ser seleccionada en base a estudios médicos y psicológicos, con la finalidad de tratar de evitar que el bebé nazca con alguna alteración física.

Tanto en el caso de los donadores de semen, como el de las donadoras de óvulo es necesario que su donación sea por escrito realizándose en ese momento los exámenes médicos correspondientes, con la finalidad de evitar que ellos oculten alguna enfermedad hereditaria.

La donación debe reunir estos requisitos:

- 1.- Provenir de un donante anónimo.
 - 2.- La donación del esperma y del óvulo debe ser gratuita, para evitar que se trafique con estos.
-

Aunque las recomendaciones físicas para la inseminación artificial son relativamente fáciles de determinar, los factores psicológicos y sociológicos que deberán tomarse en cuenta, requieren ser sometidos a un minucioso sondeo. Las recomendaciones para la inseminación artificial no pueden ser evaluadas únicamente desde el punto de vista médico. Si no que también se debe tener una visión psicológica y experiencia en asesoramiento matrimonial, puesto que deberá asegurarse que la pareja solicitante, sean personas maduras y equilibradas, que tengan un matrimonio estable y que el deseo de tener un hijo sea igual de grande en ambos.

La inseminación artificial es frecuente llamada en otros países semi adopción, porque únicamente uno de los cónyuges, el marido o la esposa, esta adoptando al niño que ha sido concebido por inseminación artificial, sin embargo en este caso es el médico quien por necesidad y conocimiento deberá tomar las decisiones importantes relacionadas con la inseminación.

2.3.- DONACION DE EMBRIONES FECUNDADOS IN-VITRO.

Otro aspecto se presenta cuando existen embriones no utilizados para implantar en una determinada mujer. Surge la pregunta sobre que puede hacerse con estos: ¿se pueden desechar, se pueden usar para la investigación o se pueden conservar para futuras implantaciones?

Para iniciar este tema es necesario dar a continuación algunas definiciones de lo que es un embrión.

“Nuevo organismo en la primera fase de desarrollo. En la gestación humana se entiende por embrión al nuevo ser, durante sus primeros tres meses de vida en la matriz materna”.(23)

(23) *Diccionario Enciclopédico Quillet. Tomo IV. Editorial Argentina, Aristides Quillet. Argentina. 1966. Pág. 38.*

Embrión es "Germen de un cuerpo organizado". (24)

De las anteriores definiciones, podemos concluir que el embrión, es el nuevo ser que surge en el momento que es fecundado el óvulo por el esperma.

Algunos autores consideran a los embriones como cosas, para los efectos jurídicos penales, pues estos se basan en que el embrión en la fecundación in-vitro es separado del organismo y no existe ningún impedimento físico para que los particulares se apropien de ellos. Su naturaleza no impide que estén en el comercio.

Sin embargo, esto se presta a que se comercie en forma indiscriminada y es entonces cuando el estado debe oponerse a que se transmitan de un patrimonio a otro a través de la venta de embriones fecundados in-vitro.

Ahora bien es necesario dejar bien claro los requisitos para que se realice la donación de embriones, los cuales son:

1.- Las clínicas donde se produzcan los embriones in-vitro, deben estar autorizadas por el Estado.

2.- La producción de embriones debe ser a solicitud de matrimonios o mujeres solteras estériles.

3.- Los embriones pueden ser cedidos a parejas que no hayan conseguido obtener embriones propios.

4.- Podrán congelarse los embriones para intentar nuevas transferencias en la misma pareja, en el caso de que fracase el primer implante o para futuras gestaciones solicitadas por el mismo matrimonio, siempre y cuando sea dentro de un período de cinco años.

(24) *Diccionario Porrúa de la Lengua Española. 28ª Edición Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1989. Pág. 126.*

5.- Los embriones podrán ser congelados y guardados, en un lapso no mayor de cinco años. Transcurrido este tiempo si no han sido reclamados podrán ser incinerados.

6.- La donación de embriones nunca tendrá carácter lucrativo o comercial.

De lo anterior podemos sostener que el tráfico de embriones debe estar prohibido, pues de esta manera se estaría comerciando con el cuerpo humano.

2.3.1.- REGULACION DE LA SITUACION JURIDICA DEL EMBRION.

No existe ninguna disposición legal específica para el caso. Sin embargo la Ley General de Salud, puede ser aplicada para regular la situación jurídica del embrión fecundado in-vitro. En su título dedicado al “control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos”. Otorga competencia a la Secretaria de Salud para ejercer el control sanitario.

Así mismo el artículo 314 fracción III de la Ley antes referida define al embrión como:

“El producto de la concepción hasta las trece semanas de gestación”.

Como podemos observar la ley se refiere en general al embrión y no específica si se trata sólo del fecundado en el cuerpo de la mujer o también al obtenido en forma extracorporea, es decir, el fecundado in vitro.

Ahora bien el Código Penal en su título Décimo Noveno. Delitos contra la vida y la integridad corporal; Capítulo VI nos habla del aborto.

En el artículo 329, de dicho ordenamiento se establece lo siguiente:

“Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez”. Es decir, es la muerte del feto en el vientre de la mujer.

De lo anterior podemos citar que el Código Penal, no tipifica ningún delito atribuible a quien destruya embriones humanos cuando están fuera del vientre de la mujer.

Por lo tanto podemos concluir que el embrión no utilizado durante un período de cinco años para una implantación en particular debe incinerarse, con el objeto de evitar una sobrepoblación de embriones, puesto que podría ocasionar que los mismos puedan utilizarse en experimentos que afecten a nuestra especie.

2.4.- MATERNIDAD SUBROGADA.

2.4.1.- CONCEPTO.

Una situación difícil se nos presenta en el plano jurídico, con la aparición de las figuras “madre subrogada”, denominada también maternidad sustituta o préstamo de útero.

Para lograr un mejor entendimiento del tema a desarrollar en el presente punto empezaremos por dar una definición de lo que significa la maternidad subrogada.

El término de maternidad subrogada proviene de la palabra inglesa “surrogated matherhood”.

A continuación daremos algunas definiciones de maternidad subrogada.

Kaene definía a la maternidad subrogada como... “el contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer para concebir, gestar y dar a luz, un niño a cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquel cuyo semen fue inseminada”. (25)

Zannoni... “alude a la maternidad subrogada, en el caso de que el embrión de una pareja sea implantado en el útero de otra mujer, que llevará a cabo el embarazo y dará a luz al hijo en beneficio de esa pareja”. (26)

(25) *Gómez de la Torre, Maricruz. La Fecundación In-Vitro y la Filiación. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 1993. Pág. 204*

(26) *Martínez Calcerrada, Luis. La Nueva Inseminación Artificial. Editorial Laculsa. Madrid, España. 1989. Pág. 316.*

La maternidad subrogada es el “alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante, sea en función del propio contrato de gestación, sea en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante”. (27).

De las definiciones anteriores podemos concluir que la maternidad subrogada es un contrato por el cual la mujer alquila su cuerpo con la finalidad de gestar un bebé al nacer será entregado a la pareja que la contrato, renunciando a su derecho de madre biológica.

Por lo general las parejas recurren a la maternidad subrogada, cuando la esposa presenta los siguientes casos:

- a) No cuenta con ovarios y útero.
- b) Presenta anomalías en el útero, como pueden ser las malformaciones, tumores, pero sus ovarios son normales.
- c) Tiene anomalías genéticas hereditarias.
- d) Sufre de diabetes, hipertiroidismo, perturbaciones de las glándulas suprarrenales.
- e) Alcoholismo y drogadicción.
- f) Por causas inmunológicas, es decir que el organismo materno puede producir anticuerpos que impidan la fecundación, produzcan abortos o enfermedades en el recién nacido.
- g) Por factores psicológicos, en donde la mujer no desea embarazarse.

(27) GÓMEZ, Maricruz. *Ob. Cit. Pág. 205.*

Algunos autores consideran que la maternidad subrogada existía desde tiempos muy antiguos. Así tenemos que el primer antecedente que nos habla de la maternidad subrogada esta contenido en la Biblia, en el libro del Génesis 16 1-4, que nos dice "Saray, esposa de Abram, no le había dado hijos, pero tenía una esclava egipcia, que se llamaba Agar. Y dijo Saray a Abram: Ya que Yavé me ha hecho estéril, toma a mi esclava por mujer a ver si por medio de ella tendré algún hijo. Abram hizo caso de las palabras de su esposa. Y cuando llevaba diez años viviendo en Canaan, tomó a Saray a su esclava Agar y se la dio por mujer a su esposo. El que la recibió como tal, quedando embarazada, dando luz a Ismael".

Como podemos observar en la antigüedad la función que tenía la mujer era solamente la de parir hijos. Esta situación ha cambiado, la mujer ya no es considerada como una máquina que hace únicamente hijos, si no que tenemos la posibilidad de podernos desarrollar en el aspecto intelectual, laboral, e incluso decidir si queremos o no tener hijos.

Sin embargo debido a estudios psicológicos que se realizaron a mujeres de países altamente desarrollados, se ha encontrado que muchas de ellas, poseen la capacidad biológica para concebir un hijo, pero mentalmente no desean tenerlo ya que piensan que limita su libertad y desarrollo profesional. O en algunos casos, cuando la mujer quiere ser madre su matriz se encuentra vieja para poder engendrar un hijo sano.

En los Estados Unidos de Norte América en el año de 1975, surgen las primeras agencias de madres de alquiler. Estas se encargan de reclutar mujeres sanas, para ponerlas en contacto con parejas estériles y prepararla para la implantación del embrión, o ser inseminada con el espermatozoides del padre contratante, o de un donador. Re-

alizada la fecundación se espera a que de a luz y posteriormente, el bebé es entregado a la pareja que la contrato, mediante el pago de la cantidad acordada.

Esta figura ha sido rechazada porque puede constituir una nueva forma de manipular el cuerpo de la mujer. Pues la mayoría que son utilizadas, tienen escasos recursos económicos y bajo nivel educativo. Sin embargo, podemos afirmar que esta forma de procreación no esta legalmente permitida en nuestro sistema jurídico.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1794, en su fracción II del Código Civil para el Distrito Federal: "Para la existencia del contrato se requiere:

I.-

II.- Objeto que pueda ser materia del contrato.

A su vez el artículo 1825 del mismo ordenamiento establece:

" La cosa objeto del contrato debe: 1º Existir en la naturaleza, 2º Ser determinado o determinable en cuanto a su especie, 3º Estar en comercio".

Si alguna de las partes que celebran el contrato en nuestro país, se arrepiente de lo pactado, no habrá forma legal para exigir su cumplimiento.

De lo anterior podemos decir que la gestación de un ser humano, no es algo que pueda estar en el comercio de los hombres y por lo tanto al bebé no se le puede considerar como un objeto o mercancía.

Además la maternidad subrogada distorsiona la relación que se da entre madre e hijo, puesto que la mujer acepta quedar embarazada con el fin de entregarlo después del parto. Durante el proceso de gestación está se mentaliza para que considere que su embarazo es parte del contrato. Esto le hará más fácil la entrega pero el niño será comparado como mercancía lo cuál le afectara psicológicamente. Por estudios que se han practicado a niños después de su gestación, se ha comprobado que resienten todo

lo que la madre les transmite durante el embarazo, amor, miedo, ternura, rechazo e incluso odio. Así que como podemos observar si la madre empieza a tener la mentalidad de que ese niño que lleva en sus entrañas es una "mercancía" podría originar con el tiempo que sufra algún problema psicológico.

Por el contrario si la mujer que gesta a la criatura mantiene una relación amorosa, habrá lazos muy fuertes entre la gestante y el niño, los cuales serán cortados al entregarlo después del parto, con el consiguiente daño para el desarrollo futuro de ambos.

En la práctica este tipo de situaciones ha ocasionado una serie de contradicciones, muchos piensan que el bebé no se verá afectado en forma alguna si es fruto de una maternidad subrogada. Pero esto es totalmente falso ya que un bebé no sólo se crea de la unión del óvulo y el espermatozoide, sino que también se forma con los sentimientos que la madre aporta durante su gestación.

2.4.2.- ANTECEDENTES.

En el campo jurídico la maternidad subrogada ha ocasionado varios problemas, debido a que algunos países no han legislado esta figura.

Así tenemos que en el año de 1985 en Inglaterra. Por orden de un magistrado, se impidió a una madre sustituta, de nombre Kim Cotton sacar al niño del hospital donde nació. Tiempo después la Corte Suprema adjudicó al niño a la pareja que lo había encargado y permitió que la señora Cotton recibiera una generosa compensación.

Otro caso parecido, entre muchos otros que han surgido, se dió en los Estados Unidos, cuando una pareja de New Jersey pagó a una mujer \$10,000.00 dólares para dar a luz a una niña. Ambos llevan el caso hasta la Suprema Corte, donde el juez resuelve que la custodia de la niña corresponde a la pareja que contrato los servicios de la madre sustituta.

En Francia en el año de 1987, Christine decide ayudar a su hermana, quien en un accidente queda estéril, acepta ser inseminada con el semen del marido de Magali y gestar al hijo para después del parto, entregárselo. Después de que Christine entrega al niño se somete a un tratamiento psicológico pues no soporta la tensión de haberse embarazado y entregar al niño.

En Italia a una joven de veinte años se le implanta un embrión, formado por fecundación in-vitro con el óvulo de su madre y el espermatozoides de su madre. Una vez nacida la criatura, la hija se lo entrega a su madre.

En Sudáfrica se da el caso de Karen Ferreira, quien no podía tener hijos. Su madre, Pat Anthony, acepta que se le implante un embrión formado por fecundación in-vitro. Con el óvulo de Karen y el espermatozoides del marido de ella. Cuando nacen los gemelos son entregados a su hija.

Como podemos observar la maternidad subrogada ha ocasionado graves problemas sociales, ya que no todas las mujeres que se prestan para esto comprenden lo que van a hacer, no tienen idea de que en verdad sufrirán cuando se separen de la criatura. Además en los últimos casos descritos sólo ha mediado el deseo de ayudar, pero se produce una confusión de papeles. El niño ¿podrá entender que su abuela, o su tía en el primer caso que mencionamos, lo llevó nueve meses en su vientre y luego lo entregaron a su madre-hermana o a su madre-tía?

Además el caso italiano nos lleva a la reflexión si es ético que una joven sea embarazada con el embrión formado con el espermatozoides de su madre.

Estos son sólo algunos de los casos que han surgido de la maternidad subrogada, pero también ocurren casos que son más graves, especialmente cuando los padres adoptivos cambian de idea, porque el niño nace débil mental o con algún defecto físico. En estos casos, también surgen problemas con el cumplimiento ya que la pareja no cumpliría con lo pactado y la mujer se quedaría con un hijo no deseado y no programado.

Como podemos observar la maternidad subrogada crea situaciones muy complicadas y que por todas las consecuencias que acarrearán, sugerimos que no se debe permitir este tipo de contrato.

2.4.3.- REGULACION.

A fin de reforzar esta afirmación, creemos conveniente agregar un artículo que haga expresa esta prohibición. Tanto en la Ley General de Salud como en el Código Civil. A este efecto, en la Ley General de Salud se deberá mencionar: queda prohibido el uso de la maternidad subrogada, es decir, que ninguna mujer podrá alquilar su cuerpo para engendrar un hijo por encargo de alguna pareja o cualquier otra persona. La mujer que lo hiciere y los médicos o las personas que se encarguen de efectuar la inseminación con este fin, serán acreedores a las sanciones que se establecen en la presente ley para los delitos relativos a los órganos, tejidos y cadáveres.

Además la prohibición penal de agencias que actúen sobre una base comercial, bajo el rubro "ultrajes al pudor público" pero es el caso que, en la mayoría de los códigos que contemplan esta figura, sólo se hace referencia a la publicación de escritos, dibujos o imágenes obscenos, es decir, relacionados con el erotismo o la sexualidad, como si fuese lo único capaz de ofender la sensibilidad humana.

En cuanto al Código Civil, se deberá agregar en el capítulo de contratos un artículo 1830 Bis el cual deberá decir:

"Es ilícito y está prohibido realizar cualquier tipo de contrato tendiente a utilizar el útero de una mujer para engendrar, por inseminación artificial, un hijo para cualquier otra persona".

Reforzando lo anterior consideramos que es necesario agregar una fracción al Código de Procedimientos Civiles en su artículo 25 en la cual se estipule:

“No se podrá ejercitar ninguna acción para hacer valer cualquier contrato por el que se alquile el útero para gestar un bebé de otras personas”.

De lo señalado anteriormente podemos decir que todos admitimos que el pudor y las buenas costumbres son valores sociales que merecen protección, aunque no siempre sea de carácter penal. Lo que no debemos olvidar, es que la seguridad jurídica de los ciudadanos, es un bien jurídico que debe ser tutelado sobre todas las cosas, para no caer en los excesos de castigar conductas que se consideren contrarias a la moral y las buenas costumbres.

Por otra parte, ¿quién es madre para la Ley?. Madre es aquella que da a luz al hijo. Esto puede ser genéticamente cierto o no según el óvulo, o que haya existido fecundación artificial de la madre subrogada, o que haya mediado un trasplante de embrión.

Ello es indiferente para la Ley: Madre es la que lleva al hijo en su vientre y la que da a luz. La Ley, de continuo, se refiere al hecho del parto: Por ejemplo, el artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal dispone:

“La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento”.

Las normas del Registro Civil también se basan en el parto para establecer la maternidad.

Si la madre subrogada fuese casada, el hijo habido por comisión de otra pareja sería legítimo de esta y de su esposo, por el simple hecho de haber sido dado a luz por su mujer.

Por otra parte, no existe forma jurídica alguna para que el hijo procreado por encargo pase a ser hijo del matrimonio de la mujer estéril.

El Código Penal para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, tipifica como delito el:

“Atribuir a un niño recién nacido a una mujer que no sea realmente la madre”.

Así mismo; Es punible la conducta de quien presente a un niño al Registro Civil suponiendo que los padres son otras personas.

Por lo anterior, el procedimiento de la maternidad subrogada constituye una forma ilícita, eventualmente delictuosa de obtener descendencia para la mujer estéril en el estado actual de las normas jurídicas mexicanas. Aún cuando es esta una de las soluciones que se proponen para que la mujer pueda ser madre, consideramos que es pertinente que no se modifique lo reglamentado hasta ahora y más aún, aumentar la reglamentación de esta situación no permitiendo su práctica por los diversos problemas jurídicos y sociales que acarrea.

Como hemos visto es un contrato difícil de cumplir y sobre todo, de comprender por las consecuencias que conlleva. Es por todo ello que no estamos de acuerdo en que se permita este acto.

2.5.- BANCOS DE SEMEN.

Como hemos visto es una parte sumamente importante para el éxito de la inseminación artificial, la intervención de los donadores de semen. Sin embargo, solos no podrían servir de mucho, ya que se necesita de un lugar para la guarda y conservación de su esperma y para esto precisamente fueron creados los Bancos de Semen.

Estos son creados para conservar el semen en un buen estado, en base a la congelación y así poder usarlo en el momento que se solicite.

El primer Banco de Semen fue fundado en el año de 1973 en Francia, con el nombre de "Control para el estudio y Conservación del Semen" (CECOS).

Dicho centro a tomado en cuenta por un lado las indicaciones genéticas de inseminación artificial y por otra parte el principio de una selección de donadores, destinando este principio para eliminar los riesgos de transmisión de un mal hereditario.

Existen además en todo el mundo Centros de Estudio y Conservación de Esperma. Su objetivo es la de brindar a las parejas una alternativa terapéutica, prestando el servicio a quienes lo solicitan sin importarles distancias, raza o nacionalidad.

El centro para el Estudio y Conservación del Semen sigue para su funcionamiento ciertas reglas que son muy importantes: no pagan por el Semen, ya que según los fundadores de este banco, el pagar implica riesgos, porque cuando se le paga a alguien, éste puede no ser honesto en cuanto a las enfermedades que puedan heredarse genéticamente por parte de su familia, o en el número de donaciones que ha hecho. Se piensa que entre más donaciones haga un solo hombre hay una mayor posibilidad de generar un incesto inadvertido en un futuro, por ello, los centros usan el semen de cada donador para fecundar sólo cinco mujeres. Aunque en Estados Unidos el Semen de un donador sirve para inseminar a cien mujeres.

Hemos de hacer hincapié en que los donadores deben de ser por lo menos casados y tener hijos, con la finalidad de asegurar que sus espermatozoides son efectivos y además así no tendrán deseo de encontrar o reclamar al hijo. Además el hombre deberá contar con un permiso hecho por escrito por su esposa, antes de donar su esperma.

A los prospecto de madre nunca se les da el nombre del donador, tampoco a los niños.

La responsabilidad de la selección del donante para efectuar una inseminación artificial, reside en el médico, en el banco de Semen o de los óvulos, para evitar que la criatura resulte con defectos congénitos.

Por ello los médicos y los bancos deben observar medidas estrictas y actuar con mucha cautela a la hora de efectuar una inseminación con donador.

Actualmente los ingleses conservan el anonimato hasta el punto que el donador, sólo se describe a los cónyuges en forma general, excluyendo toda posibilidad de identificación.

En virtud de los avances de la ciencia Médica-Biológica, estos han obtenido mucha importancia en el campo de la concepción, brindando a muchas parejas la posibilidad de ser padres, así como a madres solteras, viudas o divorciadas que por alguna razón no pudieron tener hijos.

Debe omitirse cualquier tipo de registro ó anotación en los Bancos de Semen, que puedan en un futuro identificar al donador. Sin olvidar que en los registros de toda clínica debe siempre darse la paternidad al marido. Por lo que respecta a la madre soltera, en ella recaerán todos los derechos y obligaciones sobre el niño.

Estos deberán contar con una regulación médica y jurídica, evitando de esta manera futuros problemas jurídicos como: la responsabilidad del médico con respecto a los procedimientos, que sea garantizado el semen que ofrece, deslindar cualquier derecho u obligación que pudiese existir entre el hombre donador y el hijo concebido por inseminación artificial.

Ahora bien se dice que en los Estados Unidos de Norteamérica los estudiantes de medicina, leyes y los médicos jóvenes constituyen el mayor porcentaje de donadores de semen.

Es importante que se realice un análisis del semen donado, para poder ser utilizado con éxito, por lo que debe cubrir ciertas características que son:

- 1) Configuración del espermatozoide; ya que los espermatozoides de forma anormal son incapaces de fecundar cualquier óvulo.
- 2) Motilidad, potencia y voluntad que tiene el espermatozoide para desplazarse.
- 3) Cuenta espermática, en una eyaculación normal están contenidos entre 20 y 200 millones de espermatozoides.

Para realizar la donación existen algunos procedimientos que son:

- a) Masturbación.
- b) Recoger el semen con goma anticoncepcional.
- c) Pinchando el testículo del donante por medio de una jeringa sustrayéndole el semen.
- d) Eyaculación extravaginal.

De los procedimientos mencionados con anterioridad, el proceso más usual y efectivo es el de la masturbación y el de eyaculación extravaginal, pues en los otros procedimientos intervienen factores externos que pueden contaminar a los espermatozoides.

Finalmente y con estos Bancos el hombre de nuestros días puede fecundar con independencia del tiempo y del espacio.

Para el manejo del espermatozoide los bancos anotan las características de cada donador, tales como el tipo de sangre, color de la piel, de pelo, de ojos y tipo fisiológico.

CAPITULO III.

FILIACION Y PATERNIDAD

3.1.- ANTECEDENTES.

3.1.1.- PREHISTORIA.

En esta etapa el hombre no se diferencia mucho de los animales, pues vive en agrupaciones rudimentarias muy parecidas a los rebaños, en donde la promiscuidad se manifestaba en casi todas las actividades cotidianas, pero sobre todo en lo sexual, pues las mujeres tenían relaciones sexuales con varios hombres lo que excluía la posibilidad de establecer con certeza a quien corresponde la paternidad.

Posteriormente al establecerse en un lugar formando tribus, las actividades se distribuían; las mujeres y niños se dedicaban al cultivo y cría de animales domésticos y la cacería era destinada a los hombres, los cuales muchas veces se ausentaban por semanas e incluso meses. Provocando que ellas mantuvieran relaciones sexuales con los que se quedaban a cuidar. Por lo que la filiación estaba determinada por el lado materno; esto se dio entre los pueblos antiguos y a consecuencia de este hecho las madres eran reconocidas como únicas progenitoras, gozando de gran aprecio y respeto.

Mucho tiempo después el matriarcado es desplazado por el sistema patriarcal, el cual se basaba en una forma de organización social donde la autoridad máxima era el varón, siendo este la cabeza de familia, pudiendo contraer matrimonio con varias jóvenes, pero ellas no podían tener varios esposos. De esta forma toma el poder absoluto sobre sus esposas e hijos surgiendo así la figura de la paternidad, y otorgando el derecho a decidir sobre la vida o muerte de ellos. Sin embargo, estos a su vez podían llevar el nombre y poseer los bienes de su padre.

3.1.2.- ROMA.

En un principio el derecho romano fue injusto, pues sólo protegía a los hijos que provenían del matrimonio. Pero con la aparición del "Edicto Unde Cognati", se empezaron a establecer obligaciones derivadas del parentesco, el cual estaba determinado por el solo hecho de la concepción. Dichas responsabilidades recaían únicamente sobre la madre y sus parientes. De ahí surge el fundamento de la máxima romana "Mater Semper Certa Est" (madre siempre es cierta), la cual esta contemplada en el digesto.

Posteriormente se lleva a cabo una clasificación de los hijos concebidos fuera de matrimonio:

- a) Liberi naturalis.
- b) Adulterine.
- c) Incestousi.
- d) Spuri.

a) **LIBERI NATURALIS:** Eran los que nacían de una concubina y podían ser aceptados y legitimados por los parientes paternos o maternos, teniendo el derecho a heredar una porción inferior.

b) **ADULTERINE:** Son los hijos que prevenían de padre o madre casados con persona diferente a la que los engendro.

c) **INCESTUOSI:** Se les llamaba así por ser engendrados por padres que tienen un vínculo de parentesco consanguíneo.

d) **SPURI:** Se llamaban así porque eran hijos de una madre que llevaba una vida deshonesta.

Sin embargo estos tres últimos no podían ser legitimados y por lo tanto no podían solicitar alimentos, ni mucho menos tenían derecho a heredar.

Así tenemos que en Roma la relación más plena surge de la *IUSTAE NUPTIAE* (matrimonio) donde a los hijos se les da el nombre de *LIBERI-IUSTI* (hijo legítimo)

Para que la filiación produzca cualquier tipo de efectos, debe ser legalmente cierta. Según los principios romanos la seguridad siempre existe con respecto a la madre, porque el parto es un hecho fácil de demostrar. En cambio es muy difícil determinar la paternidad, pero el matrimonio la justifica; puesto que la prueba en la cual se basaban los romanos era que la mujer debía cohabitar con su marido.

Además los jurisconsultos para determinar si la esposa ha concebido durante el matrimonio, establecieron límites de duración del embarazo basándose en los estudios que realizaron los médicos griegos. De acuerdo con esto el término menor sería de ciento ochenta días y el mayor de trescientos días. Siendo hijo legítimo si nace después de los ciento ochenta días contados a partir de la celebración matrimonial o dentro de los trescientos días, siguientes a la disolución del mismo. Estos plazos aún son utilizados en nuestros días por las diversas legislaciones.

Los principales efectos legales que producían la *IUSTAE NUPTIAE* con relación a los hijos legítimos eran los siguientes:

- a) Daban lugar al parentesco civil,
- b) Se crea la obligación recíproca de dar alimentos,
- c) El padre transmite a sus hijos su calidad de ciudadano romano y su condición social.
- d) Al hijo se le da el beneficio de la educación
- e) El infante debe respeto a sus ascendientes". (28)

(28) PEÑA Guzmán, Luis Alberto. *Derecho Romano*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1980. Pág. 458.

Para los romanos la paternidad dependía del reconocimiento del padre, es así que en la época en que gobernó Marco Aurelio, se estableció que el progenitor tenía la obligación de declarar el nacimiento de sus hijos ante el Praefectus Aeron, si estos nacían en Roma, pero si fuera en provincia debían hacerlo con el Tabulari Publici, en un plazo no mayor a treinta días.

3.1.3.- ESPAÑA.

En España se crea el fuero juzgo que es una versión al castellano del Código Bisigodo "LIBER JUDICUM", el cual tuvo como finalidad compilar las diversas leyes que surgieron durante los siglos V y VII. Concluyendola en el siglo XIII, por orden del Rey Fernando III, llamado también "El Santo".

La Ley hace referencia sobre los hijos nacidos después de la muerte del padre y nos señala los siguientes casos.

1) Los nacidos de padre ya muerto podían heredar en igual proporción a los que ya tenía.

2) En el caso de que no hubiera tenido hijos al momento de morir, podía dejar herencia al que viniera en camino cediéndole las tres cuartas partes de sus bienes y lo restante se entregaba a quien hubiera nombrado en su testamento.

3) El matrimonio que aún no tenía hijos, podía donar hasta la quinta parte de sus bienes, pero si después estos llegasen, las donaciones no surtían sus efectos y los bienes se les regresaban.

4) Si las donaciones se realizaban entre esposos antes de tener hijos, estas seguían teniendo validez aún si posteriormente pudiesen tenerlos.

5) Si un hombre o mujer se hacen cargo de un niño que fue abandonado por sus padres, y estos deciden recuperarlo debían de pagar un precio fijado por la persona que lo cuida, sino tenían ese dinero quedaban a su servicio hasta que cubrían la cantidad exigida.

6) Si el hijo abandonado rechazaba a sus padres, estos eran desterrados para siempre de esas tierras.

Aquí podemos percibir que se dan leyes que buscan proteger a los hijos, independientemente de la forma en que hayan sido procreados.

Posteriormente el Rey Alfonso conocido también como "El Sabio", emite la ley de las siete partidas y en lo referente a la filiación encontramos que al padre de hijos incestuosos, no se le obligaba a proporcionar alimentos, pero tampoco se le prohibía. Sin embargo quien si tenía esa responsabilidad era la madre y sus parientes; basándose en el hecho del alumbramiento.

En cuanto a las herencias, estos no podían heredar por testamento, pero si por algún motivo su padre les dejaba algo, los hijos legítimos o un representante legal de la corona podía invalidar este. Sin embargo la mujer no tenía ningún impedimento para nombrarlos sus herederos.

A las viudas les estaba estrictamente prohibido que contrajeran nuevo matrimonio antes de cumplir un año de muerto su pareja. Esto se hizo con el objeto de evitar dudas con respecto al posible fruto que hubiera sido engendrado. Si esta se casaba antes del término establecido, perdía la herencia que le hubiesen dejado.

Es así como podemos observar que los hijos ilegítimos en esa época no gozaban de ningún derecho paterno y eran despreciados por la sociedad.

3.1.4.- FRANCIA.

En el derecho francés se reconocía la filiación legítima, la cual establecía una relación de parentesco del hijo (producto de la unión matrimonial) con la familia tanto paterna como materna y por consiguiente surge esta calidad con toda la parentela en línea colateral, para aquellos que sin descender los unos de los otros reconocen un ascendiente común, como ocurre con los hermanos, primos hermanos, tíos, etc.

A través del matrimonio se mantiene no sólo el nombre y el trato, sino también la fama en sociedad de ser su hijo.

El estado familiar más perfecto es el de ser considerado como legítimo, pues genera mayor número de relaciones personales y patrimoniales. De ahí la importancia de las normas legales que presiden la adquisición y comprobación de este.

La filiación no estaba determinada únicamente por procreación entre dos personas que están unidas en matrimonio, sino que también se necesitaba:

- 1) Que el matrimonio sea válido.
- 2) Que haya nacido de la mujer que asegura ser su madre.
- 3) Que fue concebido por obra del hombre que asegura ser su padre.

Si faltaba alguna de estas condiciones este se consideraba ilegítimo. Puesto que en esa época era difícil determinar la paternidad.

En la filiación natural o ilegítima se comete la injusticia de negar el derecho a ser miembro de la familia, así como también le niegan la posibilidad de tener derechos y obligaciones en materia de alimentos y de poder heredar respecto de los abuelos, bisabuelos, etc. Materialmente al hijo natural se le aísla y priva del derecho de gozar de una familia.

Con el surgimiento de la Revolución Francesa en el año de 1789, cuya finalidad fue abolir la marcada desigualdad que existía entre los hombres. Surgiendo propuestas para que todos fueran mejor tratados no importando la condición de su nacimiento.

Antes del surgimiento del Código de Napoleón, los jueces declaraban a su libre arbitrio la legitimidad e ilegitimidad de los hijos nacidos de mujeres viudas, por lo que en algunos casos estos eran declarados legítimos cuando nacían doce o quince meses después de la muerte del marido y en algunas otras se le declaraba ilegítimo cuando nacía nueve meses después de fallecido su esposo.

Por lo que los redactores del Código de Napoleón del año de 1804, pidieron al Conde Antonio Francisco Foucroy, que conforme a los datos proporcionados por la medicina, fijara las duraciones extremas máximas y mínimas del embarazo.

Con este documento los redactores ampliaron levemente los límites a favor de la legitimidad para evitar que el hijo perdiera esa calidad. De ahí surgieron los plazos de ciento ochenta y trescientos días; que como recordaremos estos ya habían sido contemplados y utilizados por los romanos.

3.1.5.- MEXICO.

En las culturas antiguas de nuestro país reconocían dos tipos de filiación la legítima y la ilegítima.

Así mismo la ley reconocía la poligamia, por lo que al hombre se le permitía unirse a cuantas mujeres quisiera, siempre y cuando pudiera mantenerlas. Esto tuvo como consecuencia que los hijos de todas ellas fuesen considerados como legítimos; pero el que era designado para ocupar un cargo importante tenía que escoger entre estas a una para que fuera su esposa y poder procrear con ella los hijos que serían los sucesores de su puesto, estos eran los que se consideraban legítimos, los demás eran considerados ilegítimos pero gozaban de todos los derechos.

Con la llegada de los españoles y la conquista los indígenas fueron obligados a adoptar las leyes españolas, para regir la vida social, política y cultural de nuestro país y por consiguiente a los indios se les obligo a casarse con sólo una mujer y únicamente con ella podría procrear hijos.

Durante la colonia la iglesia era la encargada de llevar a cabo el registro de los matrimonios, los nacimientos y defunciones de los pobladores de la Nueva España.

En el año de 1859 se crearon las leyes de Reforma en la cual se estableció que el matrimonio era un simple contrato civil. Dejando de tener validez las anteriores uniones.

En el año de 1870 surge el primer Código Civil del Distrito Federal y Territorios de Baja California, el cual contemplaba lo siguiente:

- Prohibía que se hiciera constar el nombre de los padres si el hijo fuera producto de un adulterio o un incesto, evitando así el escándalo.

- Permitió la legitimación a favor de los hijos naturales, siempre y cuando sus padres contrajeran matrimonio.

- Si un hijo era reconocido previamente podía perder sus derechos adquiridos através de una sentencia que lo declaraba como adulterino o incestuoso.

- Se establecieron tres calidades de hijos:

- a) Legítimos.
- b) Naturales.
- c) Los espurios.

Este último no gozaba de los mismos derechos que los anteriores.

- Solo se permitía investigar la paternidad de los engendrados por los delitos de rapto y violación.

El Código Civil de 1884 es una reproducción del Código de 1870 y sólo se le agregó una innovación en lo que respecta al reconocimiento de los hijos espurios, ya que el nombre del padre adulterino no podía ser asentado en el acta del registro civil, pero posteriormente podía ser reconocido a través del testamento.

Durante el gobierno de Venustiano Carranza (1916-1920) con la ayuda de algunos jurisconsultos, sustento por primera vez la idea de equiparar al hijo legítimo con el natural, para atribuirle el mismo estado jurídico y por consiguiente relacionarlo con toda su parentela en virtud del vínculo consanguíneo, gozando de todos los derechos.

En el año de 1917 se crea la Ley de **RELACIONES FAMILIARES**, La cual eliminó el calificativo de hijos espurios denominándolos naturales, permitiendo además que fueran reconocidos por su progenitor, pero no tenían derecho a alimentos ni mucho menos a heredar.

El Código Civil que nos rige en la actualidad surge en el año de 1928 y en su Título Séptimo, hace referencia a la paternidad y la filiación constando de cinco capítulos, que son:

CAPITULO I.- De los hijos de matrimonio.

CAPITULO II.- De las pruebas de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio.

CAPITULO III.- De la legitimación.

CAPITULO IV.- Del reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio.

CAPITULO V.- De la adopción. Tema que no compete al desarrollo de nuestra presente investigación pero que consideramos necesario mencionarlo.

Capítulos que más adelante explicaremos.

3.2.- CONCEPTO DE PATERNIDAD.

La paternidad al igual que la filiación son conceptos fundamentales del presente estudio, pues son situaciones jurídicas que pueden verse afectadas directamente con la aparición de las nuevas técnicas de reproducción. Es por ello que debemos analizar en primer lugar la afectación que sufrieron estas instituciones, tanto en la doctrina como en la ley para tratar de dar una solución legal a los problemas que surgirán.

Pero antes daremos algunos conceptos de lo que es la paternidad.

“La palabra paternidad proviene etimológicamente del latín *PATERNITATEM* que significa calidad de padre”. (29)

Paternidad: “En sentido estrictamente gramatical significa calidad de padres. En sentido amplio, bajo la denominación general de paternidad se comprende no solo el vínculo especial que une al padre y a los hijos, sino también el de la maternidad, con el cual están unidos la madre y sus hijos”. (30)

“Paternidad es el estado y calidad de padre; unión jurídica entre un padre y sus hijos. Se distingue la paternidad legítima cuando el hijo es fruto de una pareja casada. La paternidad natural cuando los padres del hijo no están unidos en matrimonio y la paternidad adoptiva, cuando el hijo es adoptado”. (31)

(29) *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo - Americana*. Tomo XLII. Editorial Espasa Calpe. Madrid, España. 1979. Pág. 739.

(30) *MATEOS Alarcón, Estudios Sobre el Código Civil del Distrito Federal*. Tomo I. México 1991. Pág. 155.

(31) *Diccionario Enciclopédico Larousse. Volúmen VI. Ediciones Larous*. México 1992. Pág. 1845.

“Paternidad relación jurídica existente entre los padres y sus hijos” (32)

De los anteriores conceptos podemos concluir que la paternidad es la conexión jurídica y física que une al padre con sus hijos, sin que necesariamente se lleguen a crear línea de parentesco con los descendientes o ascendiente de este.

Existen autores que no toman en cuenta el concepto de paternidad y sólo se basan en el de filiación por que consideran que son términos semejantes; es así que nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, nos habla de paternidad y filiación sin que se especifique de manera precisa la diferencia que existe entre estas.

3.3.- CONCEPTO DE FILIACION.

La filiación esta relacionada con el concepto jurídico del parentesco, sea en línea recta o en línea colateral, pues queda establecido que todas las personas descienden de un tronco común.

“La filiación se define como la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea el parentesco de primer grado y su repetición produce las líneas o las series de grados” (33)

“La filiación es el parentesco que existe entre los padres y los hijos” (34)

“Filiación relación de parentesco existente entre la prole y sus progenitores” (35)

(32) DE PINA Vara, Rafael. *Diccionario de Derecho*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1990. Pág. 399.

(33) MARCEL Planiol. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Editorial Porrúa. México, S.A. de C.V. 1886. Pág. 111.

(34) GALINDO Garfias, Ignacio. *Derecho Civil*. Editorial Porrúa. 5ª Edición. México. 1982. Pág. 618.

(35) DE PINA Vara, Rafael. *Ob. Cit.* Pág. 290.

De lo anterior podemos concluir que la filiación es el vínculo jurídico recíproco, que une a los hijos con los padres, fundado en el hecho biológico de la procreación o por decisión legal, de la cual van a surgir relaciones de parentesco.

La procedencia de los hijos respecto de los padres es un hecho natural que nadie podrá desconocer. Por eso se afirma que la filiación se da entre todos los individuos, pues siempre se es hijo de un padre y de una madre, como ley biológica implacable.

3.4.- TIPOS DE FILIACION.

Dentro de la doctrina del derecho, "El término filiación presenta dos aspectos en cuanto a su definición. Uno amplio y otro restringido o estricto.

En sentido amplio podemos decir que la filiación es el vínculo jurídico que se establece entre ascendientes (padre, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos etc), y descendientes (hijos, nietos, bisnietos, tataranietos etc) sin limitación de grado. Dado que esta se desprende del hecho biológico de la procreación.

En cuanto toca a la filiación en sentido estricto o restringido podemos decir, que es la relación legal que existe entre el padre o la madre y el hijo. Esto da lugar a que surjan derechos y obligaciones entre ellos constituyendo generalmente vínculos constantes" (36)

Ahora bien la filiación puede ser de dos tipos:

- a) La matrimonial que recibe también el nombre de legítima y es aquella en donde los hijos son procreados por los padres que están unidos en matrimonio.
- b) Extramatrimonial, ilegítima o natural, es cuando los hijos son procreados fuera del matrimonio.

(36) ROJINA Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano. Tomo II. 9ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1976. Pág. 591.*

3.4.1.- FILIACION MATRIMONIAL.

Denominada también legítima. Consiste en la relación jurídica que surge entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres.

Para nuestro derecho es de suma importancia el momento del alumbramiento para poder encuadrarlo en la hipótesis de legitimidad. Es decir, este tipo de filiación no solo supone que ha nacido durante el matrimonio, sino que también pudo haber sido procreado antes de la celebración de este.

Nuestro Código vigente en su artículo 324 dispone lo siguiente:

“Se presumen hijos de los cónyuges:

I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial”.

Este artículo no señala que la legitimidad se determina en virtud de la concepción, nunca del nacimiento.

El artículo 325 de nuestra ley nos expresa:

“Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento”.

Ahora bien, en su artículo 328 establece:

“El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

I.- Si se probare que supo antes de casarse del embarazo de su futura consorte para esto se requiere un principio de prueba por escrito;

II.- Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar,

III.- Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer”.

Esta última fracción se refiere a que el reconocimiento puede tener lugar antes o después de celebrado el matrimonio.

El hijo nacido en el período antes indicado ostenta, respecto del padre una legitimidad que no puede ser destruida con pruebas tendientes a demostrar que la gestación fue más corta o más larga que la fijada en la ley, con la excepción de que el marido compruebe que esta imposibilitado para engendrar.

Sin embargo, los avances en materia de fertilización extracorpórea permiten que la mujer conciba aún cuando su esposo tenga algún problema físico, haya fallecido o bien este ausente.

3.4.2.- FILIACION EXTRAMATRIMONIAL.

Denominada también como ilegítima. Corresponde al que fue engendrado cuando sus padres aun no estaban unidos en matrimonio.

Cabe hacer notar que es necesario tomar en cuenta el momento de la gestación, para que a través del término mínimo o máximo del embarazo que señala nuestra ley, se pueda determinar si el hijo fue concebido cuando la madre estaba soltera.

Nuestro Código Civil vigente a cambiado la denominación de legítimos e ilegítimos por la de hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, respectivamente, dando con esto una denominación más humanitaria y menos severa que las anteriores legislaciones.

3.5.- PRUEBAS DE LA FILIACION.

3.5.1.- PRUEBAS DE LA FILIACION MATRIMONIAL.

Según nuestro Código Civil vigente son las siguientes:

- a) El acta de nacimiento y acta de matrimonio de sus padres.
- b) Fama de ser hijo de matrimonio.

La cuales están señaladas en los siguientes artículos.

ARTÍCULO 340.- “La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres”.

Con estas dos se justifica primero, que los padres están o estuvieron casados y segundo, que el hijo fue concebido durante el matrimonio de los mismos.

ARTICULO 343.- “Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo de matrimonio si además concurren alguna de las circunstancias siguientes:

I.- Que el hijo haya usado el apellido del que pretende que es su padre con anuencia de este.

II.- Que el padre lo haya tratado como a hijo nacido en su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento.

III.- Que el presunto padre tenga la edad exigida por el artículo 361”.

ARTICULO 361.- “Pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido”.

De acuerdo a lo estipulado por el artículo 343 de nuestra ley la persona debe gozar públicamente del carácter de hijo de matrimonio con el reconocimiento de la familia del marido, cumpliendo con este requisito quedará acreditada la posesión de hijo.

3.5.2.- PRUEBAS DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL.

Existen dos medios de prueba de los nacidos fuera del matrimonio que son:

- a) Reconocimiento del hijo
- b) Investigación de la paternidad.

3.5.2.1.- RECONOCIMIENTO DEL HIJO.

Es el acto a través del cual cualquiera o ambos progenitores declaran que una persona es su hijo. Esta es la vía normal para establecer la filiación extramatrimonial tanto respecto de la madre como del padre y pueden celebrarla conjunta o sucesivamente.

El artículo 369 de nuestro Código establece:

“El reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio, deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

- I.- En la partida de nacimiento ante el juez del Registro Civil.
 - II.- Por acta especial ante el mismo juez.
 - III.- Por escritura pública.
 - IV.- Por testamento.
 - V.- Por confesión judicial directa y expresa”.
-

Los requisitos para que se lleve a cabo el reconocimiento son:

a) Que la persona tenga la edad exigida para contraer matrimonio más la edad del hijo que va a ser reconocido.

b) El consentimiento de quien va a ser reconocido, si es mayor de edad o del tutor, en caso de ser menor de edad ó un incapaz.

Derechos que produce el reconocimiento:

a) Llevar el apellido de quien lo reconoce.

b) Ser alimentado por éste.

c) Recibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.

3.5.2.2.- INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD.

Generalmente cuando no hay matrimonio, no existe base alguna para poder determinar la paternidad y sólo podrá lograrse a través del reconocimiento voluntario que hace el padre.

De acuerdo a lo señalado por el artículo 388 de nuestro ordenamiento:

“Las acciones de investigación de paternidad o maternidad, solo puede intentarse en vida de los padres.

Si los padres hubiesen fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derecho de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad”.

Así mismo el artículo 382 de dicha ley nos dice:

“la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio está permitida:

I.- En los casos de rapto, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.

II.- Cuando el hijo se encuentre en posesión del estado de hijo del presunto padre.

III.- Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre viviendo maritalmente.

IV.- Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre”.

De lo anterior podemos concluir que además de cualquier otra prueba que se tenga para demostrar la posesión de estado es necesario que se le procure como hijo del presunto padre o de la familia de este.

Nuestro Código no regula únicamente la investigación de la paternidad, sino que también menciona los casos en que puede realizarse esta por el lado materno. Pues por su propia naturaleza parte de estos dos elementos:

- 1.- El hecho del parto.
- 2.- La identidad del producto con la persona que lo pretende demostrar.

El artículo 60 en su párrafo segundo de nuestra ley, estipula lo siguiente:

“La madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo. Tiene obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo. Si al hacer la presentación no se da el nombre de la madre, se pondrá en el acta que el presentado es hijo de madre desconocida pero la investigación de la maternidad podrá hacerse ante tribunales de acuerdo con las disposiciones relativas de este Código”.

De lo anterior podemos concluir que la persona que dio a luz tiene la obligación de registrar al producto con su nombre. Pero también nos señala que se investigará la maternidad cuando el recién nacido haya sido abandonado o registrado falsamente como hijo de otra mujer. En estos casos si procede la investigación de esta, la cual puede probarse por cualquier medio de prueba señalado con anterioridad.

Sin embargo cuando se trate de atribuirle un hijo a una mujer casada no se permitiría esta. A excepción de lo establecido en los artículos 385 y 386 del Código Civil vigente.

ARTICULO 385.- “Está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualesquiera de los medios ordinarios pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada”.

ARTICULO 386.- “No obstante lo dispuesto en la parte final del artículo anterior, el hijo podrá investigar la maternidad si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal”.

La filiación constituye un estado jurídico. Mientras que la procreación, la concepción del ser, el embarazo y el nacimiento, son hechos jurídicos.

Para nosotros el estado jurídico consiste en una situación permanente del hombre, que el derecho toma en cuenta para atribuirle derechos, obligaciones o sanciones. Por lo que se refiere a la filiación encontramos que es una situación permanente regulada por el derecho, pues durante la vida del progenitor y el hijo van a surgir derechos y obligaciones recíprocas.

En el hecho jurídico de la procreación el derecho toma simplemente en cuenta el vínculo consanguíneo que une al hijo con el padre o la madre.

3.6.- LA LEGITIMACION.

Legitimación “efecto producido, en relación con el estado civil de los hijos habidos antes del matrimonio de los padres, por el casamiento subsecuente de estos, en virtud del cual son tenidos legalmente como hijos matrimoniales “. (37)

Para nosotros la legitimación es la situación jurídica que se da con el subsecuente matrimonio de los padres y en virtud de estos se le atribuyen a los hijos nacidos fuera de matrimonio, el carácter de legítimos con todos los derechos y obligaciones, es decir, con la unión legal de sus progenitores cambia su estado.

Generalmente, la legitimación opera mediante dos actos jurídicos independientes que son:

a) El matrimonio que realizan los padres después de haber sido concebido o nacido.

b) El reconocimiento que hagan los padres ya casados.

A este respecto los artículos 354 y 355 de nuestro ordenamiento disponen:

ARTICULO 354.- “El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración”.

ARTICULO 355.- “Para que el hijo goce del derecho que le concede el artículo que precede, los padres deben reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él, haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres, junta o separadamente”.

(37) DE PINA Vara, Rafael. Ob. Cit. Pág. 352.

Por otra parte el artículo 359 del Código establece:

“Pueden gozar también de ese derecho los hijos no nacidos, si el padre al casarse declara que reconoce al hijo de quien la mujer está en cinta, o que lo reconoce si aquella estuviere encinta”.

De lo anterior podemos concluir que no sólo los hijos ya nacidos pueden gozar de este derecho, sino que también los que aún no nacen.

La legitimación surte sus efectos desde el momento de la celebración del matrimonio, según lo señalado por el artículo 357 de nuestra legislación:

“Aunque el reconocimiento sea posterior, los hijos adquieren todos sus derechos desde el día en que se celebró el matrimonio de sus padres”.

El hecho de que el marido declare que reconoce al hijo del que su mujer está embarazada o del que pueda estarlo, no surte efectos para considerarlo como ser engendrado después del matrimonio. Es decir, no lo convierte de legitimado en legítimo.

En este caso podemos notar claramente que la Ley protege al hijo desde el momento de la concepción, según lo establecido por el artículo 22 del Código Civil vigente:

“la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código”.

De aquí que para determinar la situación jurídica del que va a nacer, se atiende al momento de la concepción y no al nacimiento.

La legitimación es un tema que no tiene situaciones que se puedan ver alteradas con el surgimiento de las nuevas técnicas de reproducción humana, ya que por lo que hemos analizado podemos darnos cuenta de que aún cuando apareciera éstos, esta seguiría existiendo. Sin embargo consideramos de suma importancia analizar esta hipótesis por estar vinculada con el tema de la filiación, que es uno de los puntos principales de nuestro trabajo.

3.7.- DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD.

Existen circunstancias en las que el marido no reconoce como suyo al hijo de ésta. Para estos casos existe el desconocimiento de la paternidad.

Planiol define a esta como “el acto que tiene por objeto anular la presunción de paternidad establecida contra el marido en los casos en que éste no puede ser padre del hijo”. (38)

“Desconocimiento de la paternidad . Rechazo por el marido de su paternidad en relación con un hijo habido de su mujer”. (39)

El Código Civil vigente en su artículo 335 dispone:

“El desconocimiento de un hijo, de parte del marido o de sus herederos se hará por demanda en forma ante el juez competente. Todo desconocimiento practicado de otra manera es nulo”.

(38) PLANIOL y Ripert. *Tratado de Derecho Civil Francés. Editorial Reus. Tomo II. Madrid, España. 1952. Pág. 203.*

(39) DE PINA, Rafael. *Ob. Cit. Pág. 243.*

Es decir, que se va a proceder mediante juicio promovido ante el juez de lo familiar con la finalidad de dar por terminada la presunción de paternidad.

Pues como anteriormente nos señaló el artículo 324 de la ley referida se presume como hijos, los nacidos después de 180 días de celebrado y antes de los 300 días de disuelto el matrimonio o desde que se interrumpió la cohabitación de los esposos.

Respecto a lo anterior la ley no ha establecido la presunción y por lo tanto, el marido no necesita ejercer esta acción. Al padre le bastará con negar que es su hijo, a menos que se pruebe por escrito lo siguiente:

- a) Que conocía antes de casarse el embarazo de su pareja.
- b) Si aparece en el acta de nacimiento su firma.
- c) Si ha reconocido como suyo al hijo de su mujer.

En estos casos no podrá negar la paternidad y se presumirá que éste nació de matrimonio.

Por otra parte de acuerdo a lo estipulado por el artículo 326:

“El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa”.

Si ha existido cohabitación entre los esposos a partir del día en que se celebró el matrimonio, aun cuando está haya tenido relaciones sexuales con otro hombre que no es su marido, nos permite presumir que el marido es el autor del embarazo. En este caso el derecho atribuye legalmente la paternidad al marido y no tomo en cuenta la paternidad biológica.

Esto no quiere decir que el derecho se olvido de la paternidad biológica, pues de acuerdo con lo indicado en el Código Civil artículo 330, se establece que:

“ En todos los casos en que el marido tenga derecho de contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio, deberá deducir su acción dentro de los sesenta días contados desde el nacimiento, si está presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; o desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento”.

Es decir se permite al marido, el ejercicio de esta acción dejando a su cargo en este caso la prueba, la cual consistirá en:

- a) Demostrar que el nacimiento se le oculto.
- b) Y que no pudo haber sido autor del embarazo, por causas de imposibilidades físicas o materiales, del ayuntamiento carnal, en los diez meses anteriores al parto.

La inseminación artificial puede verse afectada por estas situaciones ya que en algunos casos el marido podría alegar y demostrar como prueba, la imposibilidad física negando de esta forma su paternidad, aún cuando él hubiera consentido el proceso.

3.8.- PATRIA POTESTAD.

3.8.1.- CONCEPTO.

Para tener una idea más exacta de lo que es la Patria Potestad citaremos algunas definiciones:

“Patria potestad es el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados”. (40)

Planiol la define como “el conjunto de deberes y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y los bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales” (41)

De lo anterior podemos deducir que la patria potestad es el conjunto de deberes y facultades que la ley concede a los padres sobre sus hijos menores de edad que no han sido emancipados y sus bienes.

Muchos autores están en desacuerdo con este término ya que, actualmente está más que una verdadera potestad o un derecho en interés de quien la ejercita, es una institución que tiene una función protectora de los hijos durante su minoría de edad y una carga impuesta a quien debe ejercitarla, cambiando totalmente el concepto original del derecho romano que constituía un poder absoluto que no se diferenciaba del ejercido sobre los esclavos. Es decir, en Roma esta institución era extremadamente rígida pero con el transcurso del tiempo, las leyes han ido cambiándola hasta llegar a una facultad que se le confiere a los padres o a quien se designe en lugar de éstos y que implica una serie de obligaciones para con los hijos.

Aunque no estamos analizando si es correcto el nombre de esta institución o no, consideramos que es conveniente señalarlo.

(40) COLIN, Ambrosio y H. Capitan. *Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo II. 3ª Edición.* Editorial Reus. Madrid, España. 1952. Pág. 20.

(41) MARCEL Planiol. *Ob. Cit.* Pág. 251.

3.8.2.- CARACTERISTICAS DE LA PATRIA POTESTAD.

Sus características son las siguientes:

- a) Es un cargo de interés público.
- b) Irrenunciable.
- c) Intransferible.
- d) Imprescriptible.
- e) Temporal.
- f) Excusable.

a) CARGO DE INTERES PUBLICO.- El derecho, que es un instrumento de convivencia, recoge los valores mínimos de las relaciones humanas, entre ellos el de la protección a los desvalidos y las eleva a la categoría de conductas de interés público. Pues esta es la institución reguladora de las relaciones entre padres e hijos, mientras éstos no han alcanzado la edad necesaria para bastarse así mismos. El conjunto de deberes y derechos que componen esta institución se considera de interés público, al establecerlo la ley como un cargo irrenunciable.

b) IRRENUNCIABLE.- El artículo 488 del Código Civil determina:

“la patria potestad no es renunciable, pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

- I.- Cuando tenga sesenta años cumplidos,
- II.- Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño”.

Así mismo, de acuerdo con el artículo 6 del mismo ordenamiento que señala:

“Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público. Cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros”.

La patria potestad como analizamos anteriormente tiene un significado de interés público, de allí que textualmente se le considere irrenunciable, pues implica además, el cumplimiento de las responsabilidades más serias que puede asumir el hombre: Traer hijos al mundo.

c) INTRASFERIBLE.- Casi todas las relaciones de carácter familiar son de carácter personalísimo, por ello no pueden ser objeto de comercio, no pueden transferirse por ningún título oneroso ni gratuito. Esta institución solo permite una forma de transmisión derivada de la figura de la adopción. Cuando un menor de edad esta sujeto al dominio de sus padres o abuelos y estos dan su consentimiento para que el hijo o nieto sea dado en adopción transmiten a los padres adoptantes el ejercicio de la institución.

Fuera de este acto que tiene que revestir todas y cada una de las formalidades exigidas por la ley y siendo aprobadas por el juez de lo familiar, no existe otra forma de transmitirla.

d) IMPRESCRIPTIBLE.- Porque no se adquiere ni se extingue por prescripción. Quien esta obligado a desempeñarla y no lo hace, no pierde por ello su obligación ni su derecho para ejercerla. Lo que no sucede con aquel sujeto que, sin ser padre o madre o abuelos, protege y representa a un menor.

e) TEMPORAL.- Este cargo se ejerce únicamente sobre los hijos menores de edad no emancipados. Tendrá vigencia durante la minoría de edad de los hijos, o hasta que contraen matrimonio antes de la mayoría. De acuerdo a lo establecido por el artículo 646 de nuestro Código:

“La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos”.

f) EXCUSABLE.- Nuestra ley permite que los que la ejercen o tengan que entrar en el ejercicio de la misma se excusen de cumplirla, cuando:

- Tengan 60 años cumplidos.
- Por alguna enfermedad que impida desempeñarla.

3.8.3.- SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD.

Dentro de esta institución encontramos que existen dos tipos de sujetos:

- a) Los activos.
- b) Los pasivos.

a) **LOS ACTIVOS.-** Para determinar quiénes son los sujetos activos, necesitamos distinguir la calidad de hijos, es decir si son nacidos dentro del matrimonio o fuera de este y los adoptados.

De acuerdo con el artículo 414 de nuestra ley que establece.

“La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso”.

Es decir, esta se ejerce sucesivamente por el padre y la madre, por el abuelo y abuela, según lo determine el juez.

Tratándose de hijos adoptivos el artículo 419 del Código nos dice.

“La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán únicamente las personas que lo adopten”.

b) **LOS PASIVOS.-** Son los hijos o nietos menores de edad.

3.8.4.- CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA PATRIA POTESTAD.

Una vez analizados los sujetos de la patria potestad nos corresponde determinar los derechos y deberes que existen.

A efecto de lo anterior primero señalaremos los derechos y deberes que tienen los menores sujetos a esta y posteriormente mencionaremos las facultades y obligaciones de quienes la ejercen.

3.8.4.1.- DERECHOS Y DEBERES DE LOS MENORES SUJETOS A LA PATRIA POTESTAD.

Nuestra ley no es lo suficientemente amplia al respecto y le da un carácter recíproco a los derechos y deberes de quienes la ejercen y sobre los sujetos en que recaen estos.

- 1) Debe existir respeto y consideración mutua.
- 2) Debe vivir en el lugar que le designen quienes ejercen la patria potestad.

3.8.4.2.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.

Los derechos y obligaciones de los sujetos activos podemos dividirlos en:

- 1) Los que recaen sobre la persona del menor dentro de este apartado existen:

a) **REPRESENTACION LEGAL.-** Los menores de edad no tienen capacidad de ejercicio, por ello actuarán en su nombre los que ejercen la patria potestad.

b) **DESIGNACIÓN DE DOMICILIO.-** Los padres o abuelos en su caso tienen el deber de custodiar al menor, de vivir con él y por ende el menor está obligado a no dejar la casa donde vive con quienes la ejercen.

e) PROPORCIONAR ALIMENTOS.- Los cuales comprenden la comida, vestido, habitación, escuela, asistencia en casos de enfermedad, y proporcionarle algún oficio, arte o profesión honesto.

d) DERECHO A NOMBRAR TUTOR TESTAMENTARIO.

2.- Efectos Respecto a los bienes del menor, estos pueden recaer sobre:

- a) La administración de los bienes del menor.
- b) El usufructo legal.

Para explicar esto es necesario distinguir que los bienes del menor pueden ser adquiridos por:

- El trabajo del menor.
- Por herencia, donación o legado.

a) **ADMINISTRACION DE LOS BIENES.-** Los bienes que el menor adquiere por medio de su trabajo, le pertenecen en administración, propiedad y usufructo. En consecuencia, con respecto a estos bienes, los que ejercen la patria potestad no tendrán ninguna injerencia.

Las herencias, legados, donaciones, azares de la fortuna, le pertenecen en propiedad al menor, pero su administración corresponde a los que ejercen la patria potestad. Cuando la misma es compartida por la pareja de los padres, abuelos o adoptantes, será administrador uno de los dos, decidido de común acuerdo entre ambos; pero el designado consultará en todos los negocios y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

Como el que ejerce la patria potestad es el representante legal del menor y su administrador, representará al hijo en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo si no es con el consentimiento expreso de su pareja y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

Los que ejercen como simples administradores de los bienes no tienen facultades para actos de dominio, por ello no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles que correspondan al hijo.

Quien ejerce esta tiene la obligación de dar cuentas de la administración cuando:

- La parte interesada lo solicite.
- Alcance la mayoría de edad.
- Contraiga matrimonio.

b) USUFRUCTO LEGAL.- El usufructo de los bienes del menor obtenidos por cualquier causa, excepto el propio trabajo, pertenece por mitades al menor y a los que ejercen la patria potestad. Sin embargo, si los hijos obtienen bienes por herencia legado o donación, se estará a lo dispuesto por lo que haya establecido el testador o donante.

Los usufructuarios deben hacer un inventario y avalúo de los bienes antes de entrar en el disfrute de los mismos, no alterar su forma ni sustancia, usarlos para lo que están destinados y devolverlos cuando se extinga el derecho.

Se exceptúa el deber de otorgar fianza por ser sus descendientes y porque normalmente los mueve el afecto para con estos y no un interés propio. Sin embargo la ley exige que se otorgue garantía en estos casos:

- 1) Cuando los que ejerzan la patria potestad hayan sido declarados en quiebra.
- 2) Cuando contraigan nuevas nupcias.
- 3) Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

Puede renunciarse el derecho a la mitad del usufructo, haciéndolo constar por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda: La renuncia del usufructo hecha a favor de hijo o nieto, se considerará como donación.

El derecho al usufructo se extingue paralelamente al derecho de la patria potestad, en los casos anteriormente mencionados.

3.8.5.- SUSPENSION, PERDIDA Y EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD.

3.8.5.1.- SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

Existen tres causas de suspensión y son:

a) Por incapacidad declarada judicialmente: El que ejerce la patria potestad tiene que ser forzosamente una persona en pleno ejercicio de sus derechos para que pueda ser representante de otra. En caso de que quien la ejerce pierda la capacidad de ejercicio él mismo necesitará que se le nombre un tutor para que actúe a su nombre.

b) Por ausencia declarada en forma: si el que debe representar, custodiar es declarado ausente porque se ignora su paradero, se suspenderá hasta que regrese.

c) Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

Estas tres causas de suspensión pueden extinguirse en un momento dado, si el incapacitado recobra su capacidad de ejercicio; el ausente regresa y al sancionado se le extingue su condena. En estos casos se requerirá también la intervención judicial para que declare que a quien se le había suspendido en su derecho ha recobrado de nuevo este.

3.8.5.2.- PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 444 de nuestra ley.

“La patria potestad se pierde por resolución judicial:

I.- Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho;

II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;

III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeran bajo la sanción de la ley penal;

IV.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses;

V.- Cuando el que la ejerza sea condenado por la comisión de un delito doloso en el que la víctima sea el menor; y

VI.- Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delito grave.

ARTICULO 283.- “La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos”.

3.8.5.3.- EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad termina totalmente, tanto para el que la ejerce, como para el sujeto pasivo, en los siguientes casos:

a) Con la muerte del que la ejerce, es decir, cuando ya no existen los padres o los abuelos, nadie más la podrá ejercer aunque el hijo siga siendo un menor de edad. En este caso se le nombrará un tutor.

b) Por la emancipación derivada del matrimonio, esto significa que el menor de edad que se casa, sale de esta. Si su matrimonio se extingue, persistiendo la minoría de edad del cónyuge, no regresará a la patria potestad, sino que se le considera emancipado.

c) Por mayoría de edad del hijo, los efectos de la patria potestad se extinguen por la mayoría de edad, pues esta es exclusiva para los menores. El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

Es muy importante tomar en cuenta lo relativo a la patria potestad ya que al analizar las consecuencias que puede haber con el surgimiento de la inseminación artificial en nuestro país, tendremos que analizar a la luz de lo que ya está legislado, los cambios o las circunstancias que de hecho se dan, para saber si se pueden encuadrar en lo que ya está previsto, o bien, si habrá necesidad de promover alguna reforma para ajustar la realidad a nuestro sistema jurídico y así evitar las lagunas legislativas que pueden darse con algo tan novedoso como el tema que nos ocupa.

CAPITULO IV.

PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA EN MATERIA DE INSEMINACION ARTIFICIAL.

Nuestros legisladores, se basan en el hecho biológico de la procreación para crear una relación de derecho entre los progenitores, por una parte y el hijo por la otra.

Sin embargo no pudieron prever los problemas que surgirían en el campo de la reproducción humana.

Así tenemos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 4, párrafo segundo establece que:

“Toda persona, tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el numero y el espaciamento de sus hijos”.

De esta norma podemos deducir un doble derecho:

A) El derecho que tiene toda persona a decidir sobre el número de hijos, sin que necesariamente se tenga una relación sexual.

B) Derecho a recurrir a las técnicas modernas para lograr la perpetuación de la especie.

Cabría añadir que esta libertad no implica únicamente una facultad o potencialidad biológica natural hacia la persona, si no que es un acto libre del hombre.

Lo anterior lo podemos corroborar en la Ley General de Salud en su artículo 68 fracción IV, el cual establece:

“Los servicios de planificación familiar comprenden:

I.- ...

II.- ...

III.- ...

IV.- El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana”.

De lo anterior podemos concluir que tanto nuestra Constitución Política como la Ley General de Salud, protegen el derecho que tiene todo ser humano a perpetuar su especie, sea a través de la relación sexual o por medio de la inseminación artificial.

Pasemos ahora al tema más importante con lo que a inseminación artificial se refiere y donde tanto la letra como el espíritu de la Ley no pudieron prever los problemas que surgirían con el avance de la ciencia en el campo de la reproducción humana.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, en su Título Séptimo, de la Paternidad y la Filiación. Capítulo Primero de los hijos de matrimonio, nos establece:

ARTICULO 324.- “Se presume hijos de los conyuges:

I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga esta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial”.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Nuestra legislación mexicana siguiendo tanto a la Ley de las Siete Partidas como a la Codificación Napoleónica, siempre ha considerado que todo nacimiento de un descendiente es en razón directa de una unión sexual.

Pero aparece la práctica de la inseminación artificial y la mujer cuyo esposo es impotente se hace inseminar con el esperma de un donador, nace el hijo después de los ciento ochenta días que marca la Ley, ¿El hijo será legítimo o ilegítimo?.

De acuerdo a lo que establece el artículo antes mencionado el hijo será ilegítimo ya que el hijo no fue concebido por una relación sexual.

Por lo que consideramos que con el surjimiento y auge de la inseminación artificial, es necesario que el legislador agregue al artículo 324 de nuestro Código una fracción tercera con el fin de proteger al hijo que haya sido concebido por el método de la inseminación artificial, ya que el padre podría negar su paternidad posteriormente. Por lo que consideramos que el artículo deberá contener lo siguiente:

“Se presumen hijos de los conyuges:

I.- ...

II.- ...

III.- Los hijos concebidos por la técnica de la inseminación artificial, siempre y cuando conste por escrito el consentimiento del esposo”.

El ARTICULO 325 de nuestro Código vigente nos señala:

“Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento”.

Como podemos observar este artículo se basa en el acceso carnal, pero con la técnica de la inseminación artificial no se produce el acercamiento sexual entre la pareja. Por lo que el padre podría invocar este artículo para negar su paternidad.

Con lo expresado anteriormente es necesario que sea agregado un segundo párrafo el cual disponga lo siguiente:

“Contra ...

Tratándose de hijos concebidos por la técnica de inseminación artificial, no se admite otra prueba que la de no haber contado por escrito con el consentimiento del marido para poder ser inseminada”.

De esta manera, si el esposo en un principio acepta que su mujer sea inseminada, no podrá negar que es su hijo.

EL ARTICULO 326 de la mencionada ley establece también:

“El marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque esta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado o que demuestre que durante los diez meses que presidieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa”.

Como podemos darnos cuenta se vuelve a tomar en cuenta el acceso carnal como única vía de reproducción.

Por lo que con la nueva técnica de reproducción, es necesario que nuestros legisladores agreguen lo siguiente, al artículo anteriormente señalado:

“El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque esta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que:

I.- Se le haya ocultado el nacimiento.

II.- Demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa.

III.- Demuestre que su esposa haya sido inseminada artificialmente sin el consentimiento de él”.

EL ARTICULO 327 de nuestro Código Civil vigente, es otro de los afectados con la nueva técnica. Ya que dicho artículo dispone:

“ El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad; pero la mujer, el hijo o el tutor de este puede sostener en tales casos que el marido es el padre”.

La segunda parte del artículo nos vuelve a señalar la relación sexual que debe darse entre la pareja para procrear hijos, por lo que también consideramos que es necesario modificar parte de este artículo, el cual deberá quedar de la siguiente manera:

“El Marido no podrá desconocer al hijo concebido de manera natural o por cualquier método de inseminación artificial, después de trescientos días contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad; a menos que demuestre que su mujer fue inseminada sin su consentimiento”.

Se tiene después el **ARTICULO 334**, en sus fracciones I y II, en donde nuevamente surgen problemas en relación a la práctica medica que estamos analizando; dicho artículo establece:

“Si la viuda, la divorciada o aquella cuyo matrimonio fué declarado nulo, contrajere nuevas nupcias dentro del período prohibido por el artículo 158, la filiación del hijo que naciere después de celebrado el nuevo matrimonio se establecerá conforme a las reglas siguientes:

I.- Se presume que el hijo es del primer matrimonio y antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo;

II.- Se presume que el hijo es del segundo marido si nace después de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio.

El que negare las presunciones establecidas en las dos fracciones que preceden, deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se atribuye”.

Nuevamente en el último párrafo se menciona "**LA IMPOSIBILIDAD FISICA**" la cual se refiere a la imposibilidad para procrear, que bien puede ser por la falta de edad determinada por las leyes naturales o bien la clara ausencia del marido.

Por lo expresado anteriormente consideramos que el último párrafo, también debe ser modificado y proponemos que debe quedar así:

"El que negare las presunciones establecidas en las dos fracciones que preceden, deberán probar plenamente: la imposibilidad física y la falta de consentimiento para que su pareja haya sido inseminada".

En relación al **ARTICULO 370** de nuestra presente Ley, el cual determina lo siguiente:

"Cuando el padre o la madre reconozcan separadamente a un hijo, no podrán revelar en el acto del reconocimiento el nombre de la persona con quien fue habido, ni exponer ninguna circunstancia por donde aquélla pueda ser identificada. Las palabras que contengan la revelación se testarán de oficio, de modo que queden absolutamente ilegibles".

De la lectura anterior recordando que una mujer soltera puede ser inseminada artificialmente, concebir por ese medio y reconocer conforme a la Ley a su hijo entendemos entonces, que la inseminación artificial puede ser practicada en una mujer soltera sin que produzcan consecuencia legal alguna a menos que se le practique la inseminación sin su consentimiento.

Como podemos observar en nuestro sistema de derecho civil vigente y en los artículos que hemos mencionado a lo largo de este trabajo, podemos concluir que la práctica de la inseminación artificial en nuestro país esta permitida, tanto para que se practique en mujeres solteras como mujeres casadas, en la inteligencia que en este último supuesto, el cónyuge debe consentir en que ella sea inseminada.

Ahora bien en México la única disposición legal, en la cual se menciona; que la mujer casada no podrá ser inseminada sin el consentimiento del marido. Esta plasmada en el **ARTICULO 466** párrafo segundo de la Ley General de Salud la cual, establece:

“La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge”.

El incumplimiento de esta norma carece de penalidad.

Más sin embargo, existen sanciones administrativas, que son aplicables a los Hospitales o instituciones donde se llevan a cabo las inseminaciones, estas sanciones están contenidas en la Ley General de Salud en el Capítulo II, sanciones Administrativas **ARTICULO 417** que establece:

“Las sanciones administrativas podrán ser:

I.- Amonestación con apercibimiento;

II.- Multa;

III.- Clausura temporal o definitiva, que podrá ser parcial o total, y

IV.- Arresto hasta por treinta y seis horas”.

El ARTICULO 466 de la Ley citada nos indica:

“Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si esta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial se le aplicara de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

La mujer”.

Como podemos darnos cuenta aquí el legislador sancionara penalmente al médico que realice la inseminación, sin el consentimiento de la mujer; por lo que también señalaremos que para que una mujer soltera o casada, sea inseminada deberá contar con la mayoría de edad y ser una persona capaz en pleno uso de sus facultades.

En lo que se refiere a la mujer soltera (viuda o divorciada) capaz y mayor de edad, no existe impedimento legal alguno que prive del derecho de recurrir a la inseminación.

El hijo así concebido sería, para la Ley, un hijo fuera del matrimonio, con todos los derechos y obligaciones que tal filiación comprende.

La mujer podrá reconocerlo expresamente e inscribirlo en el Registro Civil como suyo y de padre desconocido; el hijo adquirirá el derecho a los dos apellidos de su madre; ésta ejercerá sobre el la patria potestad; madre e hijo tendrán recíprocamente derechos alimentarios y sucesorios.

Ahora bien, ¿ Que sucede con respecto al donante del esperma?. La Ley permite la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio. Según lo establecido en el **ARTICULO 832** del Código Civil vigente:

“ La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio está permitida:

I.- En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;

II.- Cuando el hijo se encuentre en posesión del estado de hijo del presunto padre;

III.- Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente.

IV.- Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre”.

Uno de estos supuestos consiste en que el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre (fracción IV).

Se denomina “principio de prueba” a cualquier indicio cierto que pueda conducir a la averiguación de la verdad en un juicio. Un principio de prueba podría estar constituido por:

a) Testimonio del médico, la enfermera o el personal que hubiese participado en la inseminación de la madre.

b) Constancias del archivo de la clínica o laboratorio.

Si a partir de este principio de prueba el hijo pudiese determinar sin duda alguna al autor de embarazo de su madre, éste sería legalmente declarado padre y quedaría sujeto a las responsabilidades derivadas de la filiación. El progenitor tendría entonces la obligación de darle alimento a su hijo; se le daría un derecho sucesorio y se le adjudicaría el apellido de su padre.

En nuestra legislación no existe ninguna disposición legal que proteja el anonimato del donante del semen o que lo releve de sus responsabilidades.

En este sentido en nuestro derecho existe una laguna que al ser permitido el procedimiento de la inseminación artificial, debería protegerse al donante de semen cuya voluntad no es asumir una paternidad, sino que únicamente es la de hacer una donación de líquido seminal.

A este respecto, propondríamos una reforma al capítulo del Código Civil, donde se aislaría totalmente cualquier relación que pudiese surgir entre el donante y el hijo engendrado, puesto que este es un acto que debe quedar en el anonimato.

Por lo que sugerimos añadir un artículo en el cual quede excluido de los supuestos de la investigación de la paternidad el donante de semen. Este artículo podría quedar de la siguiente manera:

ARTICULO 382 BIS.- “Sin perjuicio por lo dispuesto en otros ordenamientos legales, no procederá la investigación de la paternidad cuando se demuestre que el hijo fue engendrado mediante inseminación artificial con líquido seminal otorgado por un donante. Sin embargo, cuando el líquido seminal haya sido dado por el esposo de la mujer, no se podrá usar esta excepción”.

De esta manera se desligará todo nexo que pudiese surgir entre el donante y el hijo, pero tampoco podría en algún caso, sustraerse a cumplir con las obligaciones que la Ley impone a este respecto, al esposo que haya dado su semen para inseminar a su esposa.

En lo concerniente a las relaciones de los cónyuges entre sí, y puesto que en otros países si la inseminación es practicada en una mujer casada sin el consentimiento de su marido se considera como adulterio y es una causal de divorcio.

En nuestra legislación resulta claro que no existe adulterio, aún cuando no medie el consentimiento del esposo, ya que el **ARTICULO 273**, Capítulo IV adulterio, de nuestro código Penal vigente nos dice:

“Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años a los culpables de adulterio cometido en el domicilio, conyugal o con escándalo”.

Dicho artículo presupone al adulterio como una relación carnal que se da entre personas de distinto sexo, hombre y mujer, además se exige que el adulterio se cometa en el domicilio conyugal o con escándalo.

Con la técnica de la inseminación artificial no se dá una relación sexual y mucho menos se lleva a cabo en el domicilio conyugal o con escándalo. Ya que la inseminación solo puede ser realizada por médicos especializados en esta técnica.

Por lo mismo el esposo no podrá alegar que hubo adulterio, al ser inseminada su mujer con el espermatozoides de un donador sin su consentimiento y por lo tanto no podrá invocar lo que establece el **ARTICULO 267** fracción I de nuestro Código civil vigente el cual dispone:

“Son causales de divorcio.

I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges”.

Existe sin embargo una causal de divorcio basada en las injurias graves y que la mujer infiera al esposo a decidir inseminarse sin su consentimiento. De acuerdo a lo establecido por el artículo anterior en su fracción XI el cual nos dice:

“Son causales de divorcio:

XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro”.

Pero el divorcio, si bien entraña la disolución del matrimonio, no afecta la filiación de los hijos concebidos durante el mismo, por lo que el marido no estaría en posibilidad legal de desconocer al hijo nacido por inseminación con espermatozoides de un donante, si él dio su consentimiento para inseminar a su mujer.

Recordamos que en el sistema jurídico tradicional que aún nos rige, la filiación se basa en un dato de hecho: el vínculo biológico.

Y para esto el legislador se basó en tres postulados:

1.- Cualquier nacimiento es necesariamente fruto de la cópula física entre un hombre y una mujer.

2.- La maternidad se determina por el hecho del parto y por lo tanto, es indudable.

3.- La paternidad sólo puede ser conocida a través de la investigación de las relaciones sexuales que la madre ha tenido con el padre durante la época de la concepción; la cual se calcula en base a la fecha de nacimiento.

Actualmente y con el desarrollo de la técnica de reproducción artificial, es un hecho real la separación entre el acto sexual y la procreación. Esto puede asumir dos formas:

- a) Puede haber acto sexual sin procreación, dadas las técnicas anticonceptivas.
- b) Puede haber procreación sin tener relaciones sexuales.

Las nuevas realidades surgidas del proceso de la biología y la genética han planteado problemas que superan, todo lo que hubiese podido prever en la ley el legislador.

Por lo que consideramos que es necesaria la modificación al derecho de familia. Ya que donde existe una ley, sea de orden público o de orden privado, hay un bien jurídico protegido, con un valor social, moral o material que el legislador desea defender.

CONCLUSIONES.

1.- Por inseminación artificial debemos entender que es el medio de que disponen los científicos, para poner en contacto el esperma del hombre con el óvulo de la mujer, y así poder llevar a cabo la fecundación para la perpetuación de la especie humana.

2.- En un principio las técnicas de inseminación artificial eran realizadas a los animales con la finalidad de obtener mejores especies. Sin embargo el primer antecedente, que se tiene sobre la inseminación artificial realizada en los humanos data del año 1462.

3.- El método que se utilizaba en un principio en la inseminación artificial consistía en inyectar el semen del esposo en la vagina de su mujer, con esto se lograba que varios matrimonios pudieran tener hijos.

4.- A partir del siglo XX, se empezaron a realizar por todo el mundo prácticas de inseminación artificial, pero principalmente en los países en donde el campo de la investigación en materia de reproducción humana esta ampliamente apoyada por el gobierno e instituciones médicas.

5.- El gran avance que se suscito en el campo de la fecundación artificial dió como resultado que muchos matrimonios que no habían podido concebir hijos, tuvieran la oportunidad, a través de la inseminación artificial de tener hijos propios. Pero sobre todo cambio la idea de que la mujer era la única estéril.

6.- Al ir mejorando las técnicas de inseminación artificial también van surgiendo problemas en el ámbito jurídico, ya que no solamente la mujer puede ser inseminada con el semen de su esposo, sino que también es inseminada con el esperma de un donador.

7.- Los donadores tanto de semen como de óvulos, son la clave fundamental para poder lograr el objetivo de la inseminación artificial, para que esto se lleva acabo debemos de contar con bancos de esperma y óvulos que estén regulados y autorizados por la Secretaría de Salud con la finalidad de garantizar la calidad que se requiere para que se realice con éxito la inseminación artificial.

8.- En el caso de que en la pareja ambos sean estériles, pero la mujer tenga una matriz apta para engendrar hijos, pueden solicitar embriones.

9.- Por embrión debemos entender que es el nuevo ser que surge en el momento que es fecundado el óvulo por el esperma.

10.- Con el surgimiento de la inseminación artificial in-vitro van a fecundarse, no solo un embrión, sino que se crean varios embriones, lo cual trae como consecuencia que se formen Bancos de Embriones.

11.- Los Bancos de Embriones se crearon con la finalidad de proteger al embrión, pues al momento en que se realiza la fecundación in-vitro, surgen varios embriones que no son utilizados en ese momento, pero que posteriormente y a solicitud de la pareja pueden ser utilizados.

12.- Nuestro Código Penal vigente no tipifica ningún delito atribuible a quien destruya embriones humanos cuando están fuera del vientre de la mujer.

13.- Los embriones no utilizados en un período de cinco años podrán ser incinerados, con la finalidad de evitar que exista una sobrepoblación de embriones, puesto que podría ocasionar que estos puedan utilizarse en experimentos que afecten nuestra especie.

14.- Para que una mujer sea inseminada con el semen de su marido o con semen de un donador deberá tener por escrito el consentimiento de su pareja, con la finalidad de evitar posibles problemas que puedan surgir con respecto a la filiación o la paternidad.

15.- Las madres subrogadas son un tipo de donación, en el cual la mujer alquila su vientre para concebir un hijo por encargo de otra pareja que generalmente es estéril. Esta figura ha presentado muchos problemas tanto jurídicos como psicológicos. Puesto que para la mujer en la cual se engendra un hijo, es difícil tener que aceptar que su hijo tenga otra madre.

16.- Para nuestra Ley madre es aquella que da a luz al hijo, además la gestación de un ser humano es algo que no puede estar en el comercio, por lo tanto, el objeto del contrato hecho con la madre subrogada es nulo.

17.- Los Bancos de Semen son lugares creados con el objeto de conservar el semen en buen estado en base a la congelación.

18.- Los Bancos de Semen deben ser regulados y para ello proponemos la creación de un Reglamento para el uso y funcionamiento de los Bancos de Semen, el cual dictará las condiciones bajo las que funcionarán estos y los requisitos que deberán llenar las personas que deseen recurrir a ellos.

19.- Paternidad es la conexión jurídica que une a los padres con los hijos sin que se llegue a crear líneas de parentesco con los descendientes o ascendientes del padre.

20.- La filiación es el vínculo jurídico recíproco que une a los hijos con los padres fundado en el hecho biológico de la procreación o una decisión del cual se crean vínculos de parentesco.

21.- Dentro de la filiación se distingue la filiación legítima y la filiación ilegítima, esto en el aspecto doctrinal. Porque actualmente en nuestra legislación se habla de los hijos nacidos dentro de matrimonio y los hijos nacidos fuera de matrimonio.

22.- Filiación matrimonial es la relación jurídica que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres.

23.- Filiación extramatrimonial corresponde al hijo que fue concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio.

24.- En nuestro sistema jurídico la filiación se basa en un dato de hechos: el vínculo biológico y para esto el legislador se baso en el acto sexual que se da entre una pareja. Por tanto para nuestra ley todos son iguales y gozan de los mismos derechos.

25.- Los bebés nacidos con espermatozoides del esposo no presentan ningún problema jurídico con respecto a la filiación, pues sería padre de este, sin embargo en donde surgen problemas es con el espermatozoides de un donador.

26.- Actualmente nuestro mundo en el campo científico, y social esta en constante cambio, por lo que es indispensable que nuestros Legisladores, que son los responsables de crear, modificar o derogar nuestras leyes, plasmen propuestas reales acordes a nuestro tiempo, para no dejar desprotegidos en este caso a los bebés que son producto de la inseminación artificial. De ahí la importancia de las reformas que proponemos en el capítulo anterior.

BIBLIOGRAFIA.

I.- BELLUSCO, Augusto C. Derecho de Familia. Ediciones Palma. Buenos Aires, Argentina. 1976.

II.- BONNECASE, Julian. Elementos de Derecho Civil. Editorial Cardenas. Traducción de José M. Cajica Jr. Editorial Porrúa S.A. de C.V. México. 1985

III.- BRAVO González, Agustín y Bravo Valdez, Beatriz. Primer Curso de Derecho Romano. 13ª Edición. Editorial Pax S.A. de C.V. México. 1988.

IV.- CASTAN Tobenas, José. Derecho Civil Español Común y Foral. 5ª Edición. Editorial Reus. Madrid, España. 1942.

V.- COLIN, Ambrosio y H. Capitan. Curso Elemental de Derecho Civil. 3ª Edición. Editorial Reus. Madrid, España. 1952.

VI.- CHAVEZ, Ascencio. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. 2ª Edición. Editorial Porrúa S.A. de C.V. México. 1990.

VII.- DE PINA Vara, Refael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa S.A. de C.V. México. 1981.

VIII.- Diccionario Enciclopédico Espasa. Editorial Espasa. Madrid, España. 1985.

IX.- Diccionario Enciclopédico Quillet. 5ª Edición. Editorial Argentina, Aristides Quillet. Buenos Aires, Argentina. 1966.

X.- Diccionario Enciclopédico Larousse. Ediciones Larous S.A. de C.V. México. 1992.

XI.- Diccionario Porrúa de la Lengua Española. 28ª Edición. Editorial Porrúa S.A. de C.V. México. 1989.

XII.- Dorland, Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina. Editorial Interamericana Mc. Graw Hill. España. 1992.

XIII.- Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana. Editorial Espasa Calpe. Madrid, España. 1979.

XIV.- Enciclopedia Universo. Diccionario en Lengua Española. Fernández Editores S.A. de C.V. México. 1985.

XV.- FUENTE Villa, Julian Guitrón. ¿Qué es el Derecho Familiar?. Editorial Promociones Jurídicas y Culturales S.A. de C.V. México. 1987.

XVI.- GALINDO Garfias, Ignacio. Derecho Civil. 5ª Edición. Editorial Porrúa S.A. de C.V. México. 1982.

XVII.- GÓMEZ de la Torre, Maricruz. La Fecundación In-Vitro y la Filiación. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 1993.

XVIII.- Gran Enciclopedia Rialp. Salvat Editores. España. 1968.

XIX.- GUTIERREZ y González, Ernesto. El Patrimonio. 2ª Edición. Editorial Cajica, S.A. de C.V. Puebla. México. 1980.

XX.- HAGGARD Howard, W. El Médico en la Historia. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, Argentina. 1943.

XXI.- Hombre, Ciencia y Tecnología. Ediciones Danae. Publicada para Encyclopédia Británica de México S.A. de C.V. México. 1982.

XXII.- IGLESIAS, M. Aborto, Eutanasia y Fecundación Artificial. Editorial Ediciones y Publicaciones Barcelona. España. 1984.

XXIII.- LEMUS García, Roúl. Derecho Romano, Personas, Bienes, Sucesiones. Editorial Limusa S.A. de C.V. México. 1964.

XXIV.- MARCEL, Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil. Editorial Porrúa S.A. de C.V. México. 1986.

XXV.- MARTINEZ Calcerrada, Luis. La Nueva Inseminación Artificial. Editorial Reus. Madrid, España. 1989.

XXVI.- MATEOS, Alarcón. Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal. Editorial Porrúa S.A. de C.V. México. 1991.

XXVII.- MONTERO Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa S.A. de C.V. México. 1990.

XXVIII.- MORINEAU Iduarte, Marta y Iglesias González, Román. Derecho Romano. Editorial Harla S.A. de C.V. México. 1987.

XXIX.- NAVARRO, Santiago. Problemas Médicos Morales. Editorial Loculsa. España. 1954.

XXX.- PALMER, Roul. Aspectos Médicos de la Fecundación Artificial. Ediciones Studium de Cultura. Argentina. 1950.

XXXI.- PENICHE López, Edgar. Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil. Editorial Porrúa S.A. de C.V. México. 1983.

XXXII.- PALOMAR, Miguel Juan De. Diccionario para Juristas. Editorial Mayo S.A. de C.V. México. 1981.

LEGISLACIÓN CONSULTADA.

I.- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Editorial Sista S. A. de C. V. México.1998.

II.- Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Editorial Sista S.A. de C. V. México.1998.

III.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Sista S.A. de C. V. México.1998.

IV.- Ley General de Salud. Editorial Sista S.A. de C. V. México.1998.